

La loyauté de la preuve pénale

Marie Beroule

▶ **To cite this version:**

Marie Beroule. La loyauté de la preuve pénale. Droit. 2018. dumas-03541064

HAL Id: dumas-03541064
https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03541064

Submitted on 7 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

AIX-MARSEILLE UNIVERSITE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

MASTER 2 « LUTTE CONTRE L'INSECURITE »

LA LOYAUTE DE LA PREUVE PENALE

Mémoire présenté et soutenu par

MARIE BEROULE

Directeur de recherche : Madame la Professeure Sylvie Cimamonti

- Année 2017/2018 -

La faculté n’entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, qui doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je tiens à remercier Madame la Professeure Sylvie Cimamonti d'avoir accepté d'être la tutrice de ce travail de recherche et de m'avoir justement guidée et conseillée dans son élaboration.

Mes remerciements vont aussi à mes parents, Yasmine Berra et Ludovic Chevalier pour leur relecture attentive du mémoire, leurs corrections et remarques pertinentes.

Abréviations

§	Paragraphe
AJ Pénal	Actualité juridique Pénal
art.	Article
Ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
c/	Contre
c. civ.	Code civil
c. pén.	Code pénal
c. pro. civ.	Code de procédure civile
c. pro. pén.	Code de procédure pénale
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCE	Revue Communication Commerce électronique
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
ch.	Chambre
chron.	Chronique
civ. 1ère	Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
civ. 2ème	Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
coll.	Collection
com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
contra	Contraire
corr.	Correctionnel
crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine

Droit pénal	Revue Droit pénal, LexisNexis
éd.	Édition
fasc.	Fascicule
Ibid.	Ibidem
infra	Ci-dessous
ins.	Instruction
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.-Cl.	JurisClasseur
JCP G	La Semaine juridique, édition générale
jurisp.	Jurisprudence
obs.	Observations
OPJ	Officier de police judiciaire
p.	Page
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
RDT	Revue du droit du travail
Rec.	Recueil
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Req.	Requête
réun.	Réunies
Rev.	Revue
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S	Sirey
s.	Suivant(s)
soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
supra	Ci-dessus
T.	Tribunal
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir

Sommaire

PARTIE 1 : L'éviction des personnes privées de la condition de loyauté par l'application du principe de liberté de la preuve

CHAPITRE 1 : L'exclusion des personnes privées du champ de la loyauté de la preuve pénale
Section 1 : La loyauté de la preuve pénale, une fiction s'agissant des personnes privées
Section 2 : La coexistence de deux mouvements antagonistes en matière de déloyauté de la preuve pénale

CHAPITRE 2 : L'affaiblissement relatif du rôle du juge pénal dans l'admission des preuves déloyales
Section 1 : La condition de loyauté de la preuve pénale éclipsée par le principe du contradictoire
Section 2 : Les jurisprudences divergentes des chambres de la Cour de cassation dans l'application du principe de loyauté des preuves

PARTIE 2 : La subordination du principe de liberté de la preuve rapportée par l'autorité publique à la condition de loyauté

CHAPITRE 1 : L'incitation à la commission d'une infraction, une problématique récurrente en matière de loyauté probatoire
Section 1 : L'incitation déloyale à l'infraction, une interdiction jurisprudentielle et légale indéniable
Section 2 : L'étendue considérable des effets du principe de loyauté de la preuve pénale au regard des provocations policières

CHAPITRE 2 : Une autorité publique soumise à l'exigence de loyauté dans la provocation à la preuve pénale
Section 1 : Le critère de licéité, une atténuation de l'importance de la loyauté de la preuve pénale
Section 2 : La déloyauté indépendante du respect des règles légales, une position jurisprudentielle contraignante

Introduction

1. *« La promotion de la loyauté probatoire s'est faite au détriment de l'efficacité probatoire »*[1]. Une telle promotion se retrouve dans toutes les matières, qu'elles soient pénale, civile, commerciale ou sociale. La déloyauté est effectivement synonyme d'efficacité[2] car elle permet, en matière pénale, de lutter contre la délinquance beaucoup plus rapidement que si elle n'avait pas été faite. Mais, la recherche de la vérité, pourtant objectif à valeur constitutionnelle[3], ne devrait pas pouvoir justifier que toute preuve soit recueillie frauduleusement. C'est ainsi qu'au fil du temps, le principe de loyauté de la preuve s'est imposé en droit pénal.

2. La loyauté est une notion générale, qui n'est pas propre au droit de la preuve[4]. Elle est partout, c'est vous, c'est moi. Elle nous concerne tous, à l'égard de nos familles[5], de nos amis et du monde professionnel.

2.1. Elle rappelle la fidélité[6]. Selon le Trésor de la Langue Française informatisé, la loyauté correspond à la *« fidélité manifestée par la conduite aux engagements pris, au respect des règles de l'honneur et de la probité »*[7] tandis que l'Académie Française désigne la loyauté comme étant la *« fidélité à tenir sa parole, à faire honneur à ses engagements »*[8]. Toutefois, en matière probatoire, la loyauté diffère de la fidélité en ce que la loyauté n'est pas une fin en soi : *« elle scrute la manière d'accéder la vérité. Elle se préoccupe des moyens [et] moralise les modes de preuves »*[9]. Elle réintroduit la problématique relative à la justification des moyens par la fin[10] : la vérité éclate-t-elle légitimement même lorsqu'elle est révélée d'une manière déloyale ? Rien

---

[1] M. Mekki, « Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ? », *D.*, 2016, p.2355

[2] P. Maistre du Chambon, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP G*, 1989, doctr. 3422

[3] Cons. const., 6 mai 2011, n°2011-125 QPC ; *D.* 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinot ; *AJ Pénal* 2011. 471, obs. J.-B. Perrier ; *Constitutions* 2011. 525, obs. E. Daoud et A. Talbot ; *RSC* 2011. 415, obs. J. Danet

[4] V. notamment J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017, p.412

[5] Nous pouvons retrouver une forme de loyauté justifiant l'existence de la non-dénonciation de crime : elle n'est pas opposable aux personnes les plus proches de l'auteur ou du complice d'une infraction ; v. art. 434-1 du c. pén.

[6] La notion latine *fides*, dérivée de *fido*, englobe les termes de bonne foi, de confiance, de sincérité, de droiture, de loyauté en contradiction avec la tricherie, la mauvaise foi et la trahison : v. P. Flobert (dir.), *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire latin-français*, Hachette, 3ème éd., 2008, p.671 et s.

[7] http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=1838340900;

[8] http://www.cnrtl.fr/definition/academie8/loyaut%C3%A9

[9] S. Ben Hadj Yahia, *La fidélité et le droit*, Lextenso, LGDJ, 2013, p.330

[10] V. notamment Ph. Conte, « La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 12 : *« La déloyauté ne saurait se juger à son seul résultat »* ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017, p.414

n'est moins sûr car la loyauté renvoie à l'éthique[11]. Comme la morale, l'éthique désigne une règle sociale, mais à la différence d'elle, l'éthique ne relève pas de l'intime et *« s'impose dans la sphère professionnelle et [est] proche du sens ou de la fonction attribuée à la déontologie »*[12] : les professionnels doivent ainsi respecter les règles imposées par la déontologie tandis que le comportement des personnes privées doit être conforme à la morale. De fait, selon le cadre dans lequel nous nous intégrons, la loyauté oscille entre moralité et éthique. Dans tous les cas, notre comportement détermine si nous sommes loyaux ou non : si nous respectons les règles imposées et les droits d'autrui, alors notre comportement sera loyal. Le même syllogisme se retrouve en matière probatoire : c'est le comportement d'une personne qui conditionne la loyauté de la preuve.

2.2. La preuve soumise à la démonstration est celle pénale. Dans le cadre d'un procès pénal – et comme dans tout procès d'ailleurs – le plus important réside dans le fait de démontrer par des preuves ses prétentions. En l'espèce, la preuve pénale a pour but d'établir la réalité d'un fait juridique[13], à savoir la commission d'une infraction dans tous ses éléments peu importe qu'elle ait été commise par une personne physique en qualité d'auteur ou de complice ou en tant qu'organe ou représentant pour le compte d'une personne morale. La preuve pénale peut être recueillie à tout moment[14] – sous réserve des exigences légales – durant la phase d'enquête préliminaire ou de flagrance, d'instruction et même en dehors de toute phase judiciaire, lorsqu'elle est rapportée par une personne privée.

2.3. Comme le formulait le Doyen Bouzat, la loyauté dans le recueil des preuves pénales doit être appréhendée comme une manière d'être, de se comporter, qui doit être *« conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »*[15]. Cette définition de la loyauté de la preuve pénale sera souvent reprise[16] en raison de l'absence de définition donnée par la Cour de cassation.

---

[11] Selon Jean Pradel, il s'agit d'une exigence éthique qui s'impose aux enquêteurs et magistrats : v. J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017, p.413

[12] Pour la distinction entre morale et éthique : v. V. Malabat, « Morale et droit pénal », *in Droit et morale*, D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet (dir.), Dalloz, 2011, p.219 et s.

[13] S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20ème éd., 2013

[14] V. notamment J. Buisson, « Preuve », *Rép. pén.*, octobre 2013, §2

[15] P. Bouzat, *La loyauté dans la recherche des preuves*, *Mélanges Hugueney*, Sirey, 1964, p.172

[16] V. notamment P. Lemoine, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *Rapp. Cass.*, 2004 ; J. Lasserre Capdeville, « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ Pénal*, 2010, p.280 ; P. le Monnier de Gouville, « Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, 2017, n°710, n° LXB N9929BWN

3. En cette absence, la terminologie prêtée à la loyauté probatoire n'est pas fixe. Si la loyauté procédurale[17], la loyauté de la preuve[18] et la loyauté dans l'administration ou la recherche de la preuve[19] sont des expressions utilisées alternativement, elles désignent toute la même obligation : la bonne foi dans l'établissement d'une preuve.

3.1. Cette bonne foi probatoire transparaissait déjà à travers la prohibition du mensonge il y a plusieurs millénaires : l'un des Dix Commandements posait l'interdiction de porter un faux témoignage contre autrui. En revanche, l'émergence précise de la loyauté de la preuve pénale remonte à plusieurs siècles. Le principe de loyauté aurait été nié au profit de l'efficacité dans la recherche de la vérité, but majeur d'un procès pénal[20], avant de primer sur celle-ci à compter de la moitié du XVIII^{ème} siècle, sous l'impulsion d'un certain Daniel Jousse, conseiller au Présidial d'Orléans[21]. Depuis, le principe se retrouve au fil des siècles, que ce soit à travers la célèbre affaire du trafic des décorations de 1888[22], l'affaire Imbert au milieu du XX^{ème} siècle[23] ou encore l'affaire du Roi du Maroc au début du XXI^{ème} siècle[24].

3.2. Toutefois, l'engouement pour le principe de loyauté de la preuve pénale a réellement débuté à partir des années 1990. En effet, si la loyauté ne faisait que l'objet d'une simple mention dans

[17] V. notamment C. Girault, « Quand la loyauté dicte sa loi ! », *AJ Pénal*, 2015, p.362 ; P. de Combles de Nayves, « A la recherche de la loyauté », *AJ Pénal*, 2016, p.115

[18] V. notamment E. Vergès, « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », *AJ Pénal*, 2006, p.354

[19] V. notamment J. Buisson, « Contrôle de l'éventuelle provocation policière : création d'un site pédo-pornographique par un policier, même étranger », *RSC*, 2008, p.663 ; C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal*, 2005, p.261

[20] P. Lemoine, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *Rapp. Cass*., 2004

[21] Il posait la nécessité du principe de loyauté de la preuve pénale dans son Traité de la justice criminelle de 1771 ; v. notamment D. Boccon-Gibod, Avis sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 mars 2015, *Cour de cassation*, 20 février 2015 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017, p.414. Pour une interprétation contraire v. P. de Combles de Nayves, « A la recherche de la loyauté », *AJ Pénal*, 2016, p.115

[22] Cass. ch. réun., 31 janv. 1888, arrêt Wilson ; *S*. 1889. 1. 241

[23] Cass. crim., 12 juin 1952, arrêt Imbert, *Bull. crim*. n°153 ; *S*. 1954, 1, p.69 note A. Legal

[24] V. notamment Cass. crim., 20 sept. 2016, *Bull. crim.* n° 244 ; *Droit pénal* 2016, comm. 164 et nos obs. ; *Procédures* 2016, comm. 341, obs. A.-S. Chavent-Leclère ; *JCP G* 2017, doctr. 1173, §15, obs. J.-B. Perrier ; *Gaz. Pal*. 2016, n°36, p.10, obs. R. Mésa ; *Gaz. Pal*. 24 janv. 2017, p.56, obs. F. Fourment ; *CCE* 2016, comm. 92, obs. A. Lepage ; *JCP G* 2016, II, 1177, obs. A. Gallois ; *Dalloz actualité*, 22 sept. 2016, obs. S. Fucini ; *RSC* 2016, p. 797, obs. F. Cordier ; *AJ Pénal* 2016, p.600, obs. C. Ambroise-Castérot ; solution prise avant que l'Assemblée plénière ne considère qu'il n'y avait pas méconnaissance du principe de loyauté de la preuve pénale : Cass. Ass. plén. 10 nov. 2017, pourvoi n°17-82.028 ; *JCP G* 2017. n°52 p.1376 C. Ribeyre ; *ibid*. 2017. p.1366 A. Gallois ; *AJ Pénal* 2018. p.100 C. Kurek

les ouvrages antérieurs à l'année 1990, il constitue depuis des paragraphes et raisonnements à lui seul[25]. De la même manière, la jurisprudence a été abondante à partir de cette décennie-là[26].

4. D'abord, il se manifeste par la censure de procédés déloyaux, tels que des ruses, artifices et stratagèmes[27]. Du fait du développement des technologies et des sciences, le principe de loyauté a dû s'adapter aux nouvelles possibilités de ruser[28]. Ensuite, il permet de rejeter des preuves issues de détournements de procédure[29]. Enfin, le principe est aussi méconnu lorsqu'il y a contournement de garanties légales, c'est-à-dire le fait de respecter les obligations imposées par la loi tout en méconnaissant les droits des mis en cause[30]. Le principe s'applique tant en matière de provocation à la commission d'une infraction[31], effectuée avant la découverte de toute infraction, que de provocation déloyale à la preuve[32], qui fait suite à une infraction. Si le principe de loyauté de la preuve pénale ne fait pas l'unanimité[33], la très grande majorité de la doctrine soutient sa consécration jurisprudentielle[34], au moins à l'égard de l'autorité publique.

5. Une dichotomie s'opère en matière de loyauté de la preuve pénale. En effet, la preuve pénale peut être rapportée aussi bien par l'autorité publique que les personnes privées, lorsqu'elles participent au procès pénal.

---

[25] Les comparaisons ont été faites par rapport aux ouvrages de mêmes auteurs, mais à travers des époques différentes. V. notamment J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd. 1990, p.264 et J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017, p.412 et s. ainsi que R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, Cujas, 3ème éd. 1979, p.154 et s. et R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd., 2001, p.197 et s.

[26] Un coup d'œil à la bibliographie relative à la jurisprudence de la chambre criminelle suffit pour le constater.

[27] Cass. crim., 3 avr. 2007, *Bull. crim.* n°102

[28] C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal*, 2005, p.261

[29] Par exemple, Cass. crim., 18 déc. 1989, *Bull. crim.* n°485 ; *D.* 1991, p.174

[30] Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, *Bull.* n°2 ; *D.* 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid.* 1738, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2015. 362, note C. Girault ; *RSC* 2015. 117, obs. P.-J. Delage, et 971, chron. J.-F. Renucci ; *Gaz. Pal.* 21 mars 2015. 10, note S. Raoult

[31] Cass. crim., 11 juill. 2017, pourvoi n°17-80.313, publié au Bulletin ; *D.* 2017. 1532 ; *ibid.* 2018. 196, chron. B. Laurent, G. Barbier, E. Pichon, L. Ascensi et G. Guého ; *AJ Pénal* 2017. 436, note J.-B. Perrier

[32] Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* n°381

[33] V. notamment M. Ract-Madoux, « La loyauté de la preuve en matière pénale : la liberté des preuves », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 15 ; B. de Lamy, « La loyauté, un principe perturbateur des procédures ? », *JCP G*, 2011, p.988

[34] V. notamment J. Pradel, « La sonorisation d'un local de garde à vue est-elle licite ? », *D.*, 2015, p.711 ; D. Guérin, « La loyauté de la preuve devant le juge pénal », *Procédures*, 2015, n° 12, dossier 11

5.1. Premièrement, l'autorité publique doit respecter scrupuleusement ce principe. Il ne parait ni nécessaire ni proportionnée à la recherche de la vérité et à la constatation des infractions[35] qu'elle use de tout procédé pour incriminer les mis en cause. L'autorité publique doit être entendue largement : il s'agit du juge d'instruction[36], des enquêteurs agissant dans le cadre d'une commission rogatoire[37] ou d'une enquête policière[38], des agents des douanes[39], des assistants spécialisés[40] ainsi que des enquêteurs étrangers[41]. Tous ces protagonistes, en tant qu'autorité publique, sont soumis au principe de loyauté de la preuve pénale : il n'y a pas de distinction selon le niveau procédural du recueil de la preuve dans l'application du principe[42]. L'autorité publique est donc celle qui est policière et judiciaire uniquement ; et bien que cela soit vivement critiquable, les agents dont les missions *« s'inscrivent pleinement dans les obligations de l'État français »*[43] ne rentrent pas dans la catégorie d'autorité publique et s'affranchissent du principe de loyauté dans le recueil de la preuve pénale.
Comme Cicéron en son temps opposait la fourberie à la loyauté[44], l'autorité publique ne peut être fourbe pour parvenir à ses fins[45] : cette malhonnêteté rend la preuve, fruit de leur action, déloyale aussi.

5.1.1. Et pourtant ! Bien que la loyauté paraisse être une vertu et une valeur noble[46], la déloyauté fait fantasmer. À l'image du téléfilm « Les Petits Meurtres d'Agatha Christie », une journaliste se fait toujours passer pour ce qu'elle n'est pas pour récolter les preuves de la commission d'une infraction et finit toujours par être de connivence avec le fameux Commissaire Laurence. Puisque la journaliste se situe dans le prolongement de l'autorité publique, la preuve recueillie est ainsi entachée de déloyauté. Mieux, la déloyauté est encore plus flagrante lorsque Marlène Jobert s'associe à Lino Ventura, tous deux dans le rôle d'enquêteurs dans le film « Dernier

[35] Art. 14 du c. pro. pén.
[36] Cass. ch. réun., 31 janv. 1888, arrêt Wilson ; *S*. 1889. 1. 241
[37] V. notamment Cass. crim., 12 juin 1952, arrêt Imbert, *Bull. crim.* n°153 ; *S*. 1954, 1, p.69 note A. Legal ; Cass. crim., 9 oct. 1980, arrêt Tournet, *Bull. crim.* n°153 ; *JCP* 1980, IV, p. 414
[38] V. notamment Cass. crim., 13 juin 1989, *Bull. crim.* n°254 ; Cass. crim., 27 févr. 1996, arrêt Schuller, *Bull. crim.* n°93 ; *D*. 1996. 346, note C. Guéry ; *RSC* 1996. 689, obs. J.-P. Dintilhac
[39] V. notamment Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* n°381 ; Cass. crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.* n°87
[40] Cass. crim., 16 déc. 2014, *Bull. crim*. n°273
[41] V. notamment Cass. crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.* n°37 ; *D*. 2007. 2012, note J.-R. Demarchi ; *RSC* 2007. 331, obs. R. Finielz ; *RSC* 2007. 560, obs. J. Francillon ; *AJ Pénal* 2007. 233, obs. M.-E. Charbonnier ; Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* n°141
[42] J. Buisson, « Preuve », *Rép. pén*., octobre 2013, §126
[43] Cass. crim., 3 sept. 2014, pourvoi n°11-83.598
[44] *Hinc fides, illinc fraudatio* : « d'un côté la loyauté, de l'autre la fourberie » ; v. P. Flobert (dir.), *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire latin-français*, Hachette, 3ème éd., 2008, p.672
[45] La fourberie et la déloyauté interdites sont celles décrites au n°4.
[46] P. de Combles de Nayves, « A la recherche de la loyauté », *AJ Pénal*, 2016, p.115 : *« Nul ne peut contester qu'il poursuit un but louable en moralisant le débat probatoire ».*

domicile connu » de José Giovanni, pour pousser à la commission de délits de mœurs et arrêter des individus justement pour avoir commis ces délits. Le décalage entre la fiction et la réalité est frappant : le principe de loyauté de la preuve est inexistant dans le monde imaginaire de la télévision et du cinéma, que ce monde soit d'hier ou d'aujourd'hui. Aucune des preuves pénales ainsi recueilles n'étaient nulles.

5.1.2. La déloyauté est en effet source de nullité. Lorsqu'une preuve déloyale est apportée au cours d'un procès pénal et si cette preuve conditionne l'intégralité de la procédure, alors, celle-ci sera entièrement nulle. En revanche, si la preuve déloyale ne conditionne pas l'enquête, elle sera simplement écartée. Mais, il est rare que la preuve déloyale ne fonde pas toute la procédure pénale. Ainsi, le défaut de loyauté d'une preuve pénale est une exception de nullité devant être soulevée devant les juges du fond : elle sera rejetée si elle n'est pas soulevée pour la première fois devant les premiers juges[47]. Logiquement, il appartient au demandeur d'apporter la preuve de la violation du principe de loyauté de la preuve[48]. Néanmoins, il devra démontrer que la preuve pénale déloyale, qui peut provenir d'une autre procédure[49], lui fait grief et porte atteinte à ses droits. Cependant, la jurisprudence s'est assouplie puisqu'un requérant peut demander la nullité d'une preuve déloyale portant atteinte à un tiers[50] ; aussi, un requérant ne peut pas demander l'annulation d'un acte sur lequel il n'a aucun droit sauf en cas de nullité d'ordre public ou de procédé déloyal mis en œuvre par l'autorité publique[51]. Le requérant pouvant demander la nullité de la preuve pour défaut de loyauté peut être la partie civile en tant que personne physique[52] ou personne morale[53], la personne mise en examen ou mise en cause[54] ainsi que tout témoin[55]. Au contraire, le requérant verra sa demande rejetée dès lors qu'elle porte sur la déloyauté d'une preuve pénale rapportée par une personne privée.

---

[47] Cass. crim., 28 janv. 2015, *Bull. crim*. n°23 ; *Dalloz actualité*, 10 févr. 2015, obs. Fucini ; *Droit pénal*. 2015, n°43, note Maron et Haas

[48] Cass. crim., 5 mars 2014, pourvoi n°13-82.698

[49] V. notamment Cass. crim., 14 févr. 2012, *Bull. crim.* n°43 ; *AJ Pénal* 2012. 159, obs. C. Guéry ; *JCP* 2012. 418, obs. J.-Y. Maréchal ; *Droit pénal* 2012. comm. 61, obs. A. Maron et M. Haas ; Cass. crim., 7 déc. 2005, Bull. crim. n°327 ; *contra* Cass. crim. 5 mars 1985, *Bull. crim.* n°102

[50] Cass. crim., 15 déc. 2015, *Bull. crim.* n°592

[51] V. notamment Cass. crim., 7 juin 2016, *Bull. crim*. n°174 ; *Dalloz actualité*, 30 juin 2016, obs. S. Fucini ; *D*. 2016. 1597, chron. B. Laurent, L. Ascensi, E. Pichon et G. Guého ; Cass. crim., 2 nov. 2016, pourvoi n°16-81.716, publié au Bulletin

[52] V. notamment Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim*. n°210 ; *D*. 1994 jurisp. p.613 C. Mascala ; Cass. crim., 6 avr. 1994, *Bull. crim*. n°136 ; Cass. crim., 30 mars 1999, *Bull. crim*. n°59 ; *Procédures* 1999, comm. n° 215, obs. J. Buisson ; *D*. 2000, p. 391, note Garé

[53] Cass. crim., 23 juil. 1992, *Bull. crim.* n°274 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron

[54] Cass. crim., 30 mars 1999, *Bull. crim*. n°59 ; *Procédures* 1999, comm. n° 215, obs. J. Buisson ; *D*. 2000, p. 391, note Garé

[55] Cass. crim., 28 avr. 1987, *Bull. crim.* n°173

5.2. Deuxièmement, les personnes privées ne sont pas tenues par ce principe. La preuve pénale déloyale peut être admise dans le cadre d'un procès lorsqu'elle est recueillie par un tiers à la procédure[56], le témoin d'une infraction[57] ou par la victime elle-même[58]. En conséquence, lorsqu'un gendarme agit à titre privé et en dehors de toute enquête, la Cour de cassation[59] le considère non pas comme une autorité publique mais comme une personne privée. Il faut ainsi distinguer la personne privée de l'agent agissant dans le cadre de ses fonctions[60]. Dans ce cas, la preuve déloyale sera admise uniquement si elle est soumise à discussion contradictoire[61].

6. En effet, l'admission d'une preuve pénale déloyale est fondée sur l'article 427 du Code de procédure pénale qui pose les principes de liberté et du contradictoire de la preuve pénale par les parties devant le juge. C'est parce qu'un fait doit être démontré que la preuve est libre. Bien que cet article se rapporte uniquement à la matière correctionnelle, le principe de liberté de la preuve s'étend aussi aux procédures contraventionnelle[62] et criminelle[63], hors les cas où la loi en dispose autrement[64].

6.1. Ce fondement n'est reconnu qu'aux personnes privées, puisqu'elles sont les seules à pouvoir rapporter en justice une preuve pénale déloyale. Dans les autres domaines, il n'est pas possible pour une personne privée de rapporter, comme cela est possible en matière pénale, une preuve entachée de déloyauté[65] : il s'agit d'une spécificité propre au domaine pénal[66].

---

[56] Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim*. n°131 ; *D*. 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p.879, obs. Renucci

[57] Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim*. n°27 ; *D*. 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot

[58] Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim*. n°27

[59] Cass. crim., 13 oct. 2004, *Bull. crim.* n°243 ; *AJ Pénal*, 2004, p.451 obs. C. S. Enderlin

[60] *contra* S. Detraz, « Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve », *D.* 2014, p. 264

[61] V. notamment Cass. crim., 23 juin 1999, pourvoi n°98-84.701 ; Cass. crim. 27 janv. 2010, *Bull. crim.* n°16 ; *Dalloz actualité*, 17 mars 2010, obs. C. Gayet ; *D*. 2010. 656 ; *AJ Pénal* 2010. 280, étude J. Lasserre Capdeville ; *Rev. sociétés* 2010. 241, note B. Bouloc ; *RTD com*. 2010. 617, obs. B. Bouloc

[62] L'art. 536 du c. pro. pén. renvoie à l'art. 427 du même code.

[63] La liberté de la preuve transparait à travers l'intime conviction du juge (art. 353, alinéa 2, du c. pro. pén.).

[64] V. notamment R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, Cujas, 3ème éd. 1979, p.166

[65] V. notamment en matière civile : Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, *Bull*. n°1 ; *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 ; en droit du travail : Cass. soc., 23 mai 2007, *Bull. civ.* V n°85 ; *D*. 2007. 2284, obs. A. Fabre, note C. Castets-Renard ; *ibid*. 2008. 2820, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur ; *RDT* 2007. 530, obs. R. de Quenaudon ; et en droit de la concurrence : Cass. com., 24 mai 2011, *Bull. civ*. IV, n°82

[66] En matière civile, l'intégralité de toute procédure doit être appréhendée avec loyauté : le magistrat doit veiller *« au déroulement loyal de la procédure »* (art. 763 du c. pro. civ.) et même dans le cadre d'un arbitrage, *« les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure »* (art.1464 du c. pro. civ.).

6.2. En revanche, à l'égard de l'autorité publique, le principe de loyauté de la preuve pénale doit s'articuler avec ces principes. En effet, c'est à travers l'exigence de loyauté de la preuve pénale que certains introduisent l'existence de *« prémisses d'un droit de la preuve [que la Cour de cassation] pourrait contrôler »*[67]. Les principes régissant le 'droit de la preuve' forment un ensemble dont les rouages sont entretenus par la Cour de cassation. À ce titre, le principe de loyauté de la preuve pénale vient grandement limiter les effets de ces principes de liberté et du contradictoire. La preuve rapportée par l'autorité publique ne peut être libre que si elle satisfait au principe de loyauté. Cela est vrai même lorsque la loi encadre l'administration de certaines preuves[68] : le respect des conditions légales imposées pour le recueil d'une preuve s'accompagne aussi d'un contrôle de loyauté de la preuve.
En réalité, le principe de liberté de la preuve ne trouve jamais à s'appliquer à l'égard de l'autorité publique : le principe de loyauté vient s'appliquer avec une telle vigueur qu'il évince ce principe.

6.3. La jurisprudence pose ainsi une limite à des règles légales. Cette limite n'est d'ailleurs fondée sur aucune base légale[69] : la loyauté de la preuve pénale correspond exclusivement à l'incorporation d'une forme de modération[70] par la jurisprudence dans les pratiques policières. De fait, pour donner une certaine légitimité – et même une autonomie[71] – à la loyauté de la preuve, la Cour de cassation[72] fait référence aux articles 6 de la CESDH et préliminaire du Code de procédure pénale[73]. C'est la notion d'équité et le droit au procès équitable prévus par ces articles qui viennent garantir la loyauté probatoire[74]. La doctrine explique aussi la possibilité de demander l'annulation d'une preuve par les droits de la défense[75], qui découlent de l'article 16

[67] P. de Combles de Nayves, « A la recherche de la loyauté », *AJ Pénal*, 2016, p.115
[68] V. *infra* n°190
[69] M. Ract-Madoux, « La loyauté de la preuve en matière pénale : la liberté des preuves », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 15
[70] F. Fourment, « Atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable », *JCP G*, 2009, n°3, II 10009
[71] A. Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014) », *Droit pénal*, 2014, n°4, étude 7
[72] Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, *Bull*. n°2 ; *D*. 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid*. 1738, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2015. 362, note C. Girault ; *RSC* 2015. 117, obs. P.-J. Delage, et 971, chron. J.-F. Renucci ; *Gaz. Pal.* 21 mars 2015. 10, note S. Raoult
[73] Art. préliminaire du c. pro. pén. : *« I. La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties […] aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ».*
[74] S. Lavric, « Provocation policière et procès équitable », *Dalloz actualité*, 23 juin 2008.
[75] Ph. Conte, « La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 12

de la DDHC[76] et de cet article 6 de la CESDH[77]. Ces droits de la défense et le droit au procès équitable sont aussi appréhendés, sous certains aspects, par l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La Cour de cassation complète donc ces articles en leur rajoutant cette condition de loyauté.

7. La Cour de cassation n'est pas la seule à envisager la loyauté de la preuve pénale. Le Conseil constitutionnel avait pu retenir, en 2011, *« qu'il appartient en tout état de cause à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve »*[78]. À l'égard de l'autorité publique, le Conseil ne fait aucune distinction entre la provocation à la commission d'une infraction et la provocation à la preuve : le principe de loyauté doit être respecté en toutes circonstances. Bien qu'ils l'envisagent dans une de leurs décisions, les Sages ne l'érigent pas au rang de principe à valeur constitutionnelle. De la même manière, par une approche globale du procès pénal, la CEDH n'accorde pas beaucoup d'importance au principe de loyauté de la preuve. En effet, elle ne sanctionne pas de manière concrète le recueil de preuves déloyales : elle s'intéresse simplement au fait de savoir si le requérant a bénéficié d'un procès équitable dans son ensemble, laissant ainsi aux États membres de déterminer l'admissibilité des modes de preuves[79].

8. Ainsi, les plus hautes instances ne consacrent pas de manière explicite le principe de loyauté. Pourtant, la Commission justice pénale et droits de l'homme posait déjà en 1991 la nécessité d'un contrôle de la preuve par le juge. Ce contrôle portait sur *« la régularité et la loyauté de la collecte des preuves »*[80]. La doctrine confirmait donc la naissance du mouvement jurisprudentiel cherchant à inscrire dans le marbre le principe de loyauté de la preuve pénale.

8.1. Par la suite, cette nécessité a été reprise par les parlementaires à travers l'écriture de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Dans le cadre des débats parlementaires relatifs à la future loi du 15 juin 2000, l'Assemblée Nationale avait intégré un paragraphe IV à cet article, disposant en son alinéa 5 qu'*« il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette*

[76] Cons. const., 6 mai 2011, n°2011-125 QPC ; *D*. 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinot ; *AJ Pénal* 2011. 471, obs. J.-B. Perrier ; *Constitutions* 2011. 525, obs. E. Daoud et A. Talbot ; *RSC* 2011. 415, obs. J. Danet
[77] CEDH, 13 mai 1980, Artico c/ Italie, Req. n°6694/74, §33
[78] Cons. const., 18 nov. 2011, n°11-191/194/195/196/197 QPC
[79] V. notamment CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen ; CEDH 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/ Portugal, Req. n°25829/94, Rec. 1998-IV ; *JCP* 1999. I. 105, n° 38, obs. F. Sudre ; *RSC* 1999. 401, obs. R. Koering-Joulin
[80] M. Delmas-Marty (dir.), « La mise en état des affaires pénales », fait par la Commission justice pénale et droits de l'homme au nom du Ministère de la justice, *La Documentation Française*, 1991

personne fait l'objet dans un délai raisonnable et sur le fondement de preuves loyalement obtenues »[81]. Mais, des craintes ont émergé à l'égard de l'insertion du principe dans le Code[82]. Il paraissait compliqué d'articuler la notion de loyauté de la preuve pénale avec celui de liberté d'appréciation des juges en raison de sa formulation générale[83]. Ayant pris en compte les remarques ainsi faites, le Sénat a supprimé la référence au principe de loyauté dans cet article préliminaire, qui est pourtant aujourd'hui consacré aux principes fondamentaux relatifs au procès pénal.

8.2. Une dizaine d'années plus tard, l'avant-projet du futur Code de procédure pénale a été communiqué au public. Ce n'est pas dans l'article préliminaire que le principe de loyauté a été intégré : il a été prévu qu'il fasse l'objet d'un article qui lui était dédié. En effet, l'avant-projet créait un livre Ier relatif aux dispositions générales dans lequel le chapitre III était consacré aux principes relatifs à la preuve. La question relative à la charge de la preuve était réglée par l'article 113-1 en incombant à l'accusation ; l'article 113-2 reprenait le principe de liberté de la preuve prévu à l'alinéa 1er de l'article 427 du Code de procédure pénale ; et, la loyauté de la preuve, prévue à la suite du principe de liberté à l'article 113-3[84], était appréhendée comme une exception à ce principe. Aussi, le chapitre Ier du titre I du livre III de l'avant-projet donnait à l'enquête judiciaire pénale les caractéristiques de contradictoire et de loyal, notamment la limitation de l'utilisation des dénonciations anonymes comme preuves[85]. La loyauté de la preuve était ainsi envisagée sous toutes les formes possibles et imaginables.
De fait, cet avant-projet avait pour ambition de donner une valeur légale à un principe jurisprudentiel[86] ; toutefois, il est resté lettre morte malgré le lancement d'une grande concertation[87].

[81] Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, texte n°275 adopté par l'Assemblée Nationale, XIème Législature, 30 mars 1999
[82] C. Jolibois, Rapport n°419 fait au nom de la commission des lois du Sénat, 10 juin 1999
[83] *Ibid*.
[84] Art. 113-3 de l'avant-projet du futur c. pro. pén. : *« Ne peuvent être prises en compte pour fonder l'accusation les preuves obtenues directement ou indirectement par l'autorité publique de façon déloyale :*
1° soit en contournant ou en détournant les règles de procédure prévues par le présent code ;
2° soit en provoquant à la commission de l'infraction ;
3° soit en portant illégalement atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne ».
[85] Art. 311-9 de l'avant-projet du futur c. pro. pén.
[86] H. Vlamynck, « Première approche policière et pratique du projet de code de procédure pénale », *AJ Pénal*, 2010, p.174
[87] M. Alliot-Marie, « Pour une refondation de la procédure pénale », *AJ Pénal*, 2010, p.158

8.3. De nouveau, le principe de loyauté de la preuve pénale a manqué d'être consacré : cette consécration aurait pu se réaliser à travers la déontologie[88] que l'autorité publique doit respecter. La déontologie permettait une approche globale : la loyauté procédurale inclut la loyauté de la preuve pénale.

8.3.1. En effet, à la même époque que l'avant-projet précité, le Conseil supérieur de la magistrature a publié un recueil des obligations déontologiques des magistrats[89]. Dans ce recueil, la déontologie renvoie à l'obligation de respecter des règles de comportement textuelles et jurisprudentielles[90] et impose des devoirs d'intégrité et de loyauté[91]. Après avoir posé l'obligation pour les magistrats d'être loyaux tout le long d'une procédure, ceux du parquet doivent en outre être objectifs lorsqu'ils recherchent des éléments de preuve[92]. Nul doute que derrière cette notion d'objectivité et des règles comportementales jurisprudentielle se trouve la loyauté. Ainsi, parce que la loyauté dans le recueil d'une preuve est sous-entendue, le principe de loyauté de la preuve pénale n'est pas expressément affirmé. Cette volonté du Conseil de voir les magistrats soumis à une loyauté procédurale confortait a minima le législateur dans l'adoption d'un nouveau Code de procédure pénale avant qu'il ne tombe aux oubliettes.

8.3.2. De plus, la déontologie était aussi mobilisée à l'égard de l'autorité policière. L'ancien article 7 du code de déontologie de la police nationale[93] établissait que les fonctionnaires de la police nationale devaient être intègres, conserver leur dignité en toute circonstance et avaient l'obligation de se comporter d'une manière exemplaire[94]. Le code de la sécurité intérieure reprenait en son sein l'existence du code de déontologie[95]. Toutefois, le décret créant le code de déontologie ayant été abrogé en 2013[96], l'abrogation de la mention dans le code de la sécurité intérieure n'avait pas tardé non plus[97]. C'est ainsi que la loi de novembre 2014 a prévu qu'un

[88] Cela confirme que la loyauté se rapporte à la déontologie dans le monde professionnel : v. *supra* n°2.1.
[89] Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010
[90] V. notamment l'avis du Conseil supérieur de la magistrature du 2 octobre 2003
[91] Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010, p.13
[92] Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010, p.23
[93] Ce code a été créé par le décret n°86-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale.
[94] Art. 7 du code de déontologie de la police nationale (ancien)
[95] Dans son ancien article L.412-1 créé par l'article 19 de l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure. Cette ordonnance abrogeait la loi n°85-835 du 7 août 1985 relative à la modernisation de la police nationale qui imposait l'obligation pour le Gouvernement d'édicter un code de déontologie de la police nationale par voie décrétale.
[96] Par l'article 9 du décret n° 2013-1113 du 4 décembre 2013 relatif aux dispositions des livres Ier, II, IV et V de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure
[97] Cette abrogation a été faite par l'article 24 de la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme

code de déontologie commun à la police et à la gendarmerie nationales[98] soit établi par décret en Conseil d'État. Il est codifié dans la partie règlementaire du code de la sécurité intérieure. Les forces de l'ordre sont soumis au respect des règles du Code de procédure pénale et déontologiques[99], qui sont issues tant des textes nationaux et internationaux que des principes généraux du droit[100]. S'il est clair que le principe de loyauté de la preuve pénale est un principe général du droit, il n'est pas expressément consacré dans les dispositions relatives à la déontologie : les références à la loyauté ne sont faites qu'à l'égard de la relation entre les forces de l'ordre et leur hiérarchie[101].

8.4. Après l'échec de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale, l'absence de mention explicite du principe dans les règles de déontologie des forces de l'ordre et malgré l'initiative du Conseil supérieur de la magistrature, ni consécration légale ni adoption d'un cadre juridique précis du principe de loyauté de la preuve pénale ne font partie des priorités du Gouvernement et du législateur. Plus largement, un Code de la preuve n'est pas non plus envisagé, bien qu'il soit souhaité par une partie de la doctrine[102]. Le principe de loyauté demeure ainsi un principe jurisprudentiel du droit, une construction jurisprudentielle.

9. Étonnamment, le principe de loyauté de la preuve pénale n'est pas un principe jurisprudentiel au Royaume-Uni et cela, même si le système anglo-saxon est de *Common law*. En effet, bien que le principe ait eu du mal à s'imposer[103], la section 78 (1) du *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 autorise les juges d'exclure la preuve pénale « injuste »[104], entendue au sens de déloyale, dès lors que, compte tenu de toutes circonstances, y compris celles dans lesquelles la preuve a été obtenue, il y aurait une atteinte à l'équité procédurale. En revanche, comme en France, les éléments de preuve visés ne sont que ceux sur lesquels le ministère public entend se fonder pour démontrer la responsabilité du mis en cause : les personnes privées semblent être exclues du champ d'application de cette disposition. La loyauté de la preuve pénale est donc consacrée par un système probatoire étranger.

---

[98] Art. L.434-1 du code de la sécurité intérieure
[99] Art. R.434-2 du code de la sécurité intérieure
[100] Art. R.434-3, art. R.434-29 et art. R.434-31 du code de la sécurité intérieure
[101] V. notamment art. R.434-5 du code de la sécurité intérieure
[102] C. Guéry, « Paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP G*, 2015
[103] R. Stone, « Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act : Practice and Principles », *Web Journal of Current Legal Issues*, 1995
[104] Section 78, Exclusion of unfair evidence, (1) of PACE : *« In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it ».*

10. Contrairement au Royaume-Uni, la problématique en droit français réside dans le fait que la loyauté de la preuve pénale n'est ni affirmée en tant que principe, ni consacrée par le législateur. Il est mentionné de temps à autre par le Conseil constitutionnel[105], la CEDH refuse de connaître des modes de preuves déloyaux[106] et le législateur tergiverse quant à sa consécration[107]. Seule la chambre criminelle, dans ses visas, l'érige au rang de principe[108].

10.1. De son origine latine *princeps*[109], le terme principe désigne *« une règle particulièrement importante à laquelle on ne peut déroger que de manière exceptionnelle »*[110]. Étant un principe, la loyauté de la preuve pénale doit être appliquée d'une manière fondamentale[111] ; de sorte qu'elle ne souffre que de peu d'exceptions. Or, une distorsion importante est faite à ce principe : les personnes privées, a priori, sont exclues du champ de ce 'principe'. Globalement, seules les preuves de l'autorité publique doivent être loyales. Les effets de la loyauté probatoire sont ainsi très limités. Par conséquent, le principe de loyauté de la preuve pénale n'en a-t-il que le titre ?

10.2. Ma démonstration aura pour but de relever toutes les limites au principe de loyauté de la preuve pénale lorsqu'il est amené à s'effacer au profit d'autres principes et tous les concepts qui peuvent le réintroduire à l'égard des personnes privées (Partie 1). Elle soulignera aussi les incohérences liées à l'application du principe de loyauté de la preuve pénale par la chambre criminelle de la Cour de cassation à l'égard de l'autorité publique face à des admissions ponctuelles de déloyauté probatoire (Partie 2).

---

[105] V. *supra* n°7.
[106] *Ibid*.
[107] V. *supra* n°8 et s.
[108] V. notamment Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, *Bull*. n°2, *D.* 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid*. 1738, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2015. 362, note C. Girault ; *RSC* 2015. 117, obs. P.-J. Delage, et 971, chron. J.-F. Renucci ; *Gaz. Pal.* 21 mars 2015. 10, note S. Raoult.
[109] P. Flobert (dir.), *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire latin-français*, Hachette, 3ème éd., 2008, p.1254
[110] E. Maulin, « L'invention des principes », *in Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economica, coll. Études Juridiques, 2008, p.23
[111] R. Guastini, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », *in Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economica, coll. Études Juridiques, 2008, p.114

PARTIE 1 : L'éviction des personnes privées de la condition de loyauté par l'application du principe de liberté de la preuve rapportée

11. Les personnes privées ne sont pas concernées par l'exigence de loyauté des preuves pénales apportées au soutien de leur démonstration (Chapitre 1). Ce constat donne déjà une idée quant à la valeur de principe la loyauté de la preuve pénale revêt. Il emporte aussi des conséquences sur le rôle que doit jouer le juge pénal dans l'admission des preuves mais aussi dans ses rapports avec les autres juges (Chapitre 2). La divergence de jurisprudence au sein même de la Cour de cassation sur l'application effective ou non du principe de loyauté de la preuve peut être un facteur de remise en cause du juge pénal, l'amenant in fine à ériger pleinement la loyauté de la preuve pénale au titre de principe.

CHAPITRE 1 : L'exclusion des personnes privées du champ de la loyauté de la preuve pénale

12. Contrairement à l'autorité publique, les personnes privées ne se voient pas opposer le principe de loyauté de la preuve pénale lorsqu'elles rapportent une preuve en justice (Section 1). Cette particularité est en constante mutation et connaît parfois des mouvements antagonistes oscillants entre consécration de modes de preuves déloyaux et atténuation de la reconnaissance des preuves déloyales (Section 2).

Section 1 : La loyauté dans la recherche de la preuve pénale, une fiction s'agissant des personnes privées

13. Il résulte de l'étude de la jurisprudence[112] que celle-ci est relativement bienveillante à l'égard des personnes privées lorsqu'elles sont amenées à rapporter une preuve pénale lors d'un litige. En effet, tous types de preuves sont admis : le principe de loyauté de la preuve pénale est inexistant. Mais, si la recevabilité de la preuve déloyale est compréhensible (§I), celle des preuves obtenues par la commission d'une infraction est un peu plus critiquable (§II).

[112] V. notamment Cass. crim., 28 avr. 1987, *Bull. crim.* n°173 ; Cass. crim., 11 févr. 1992, *Bull. crim.* n°66 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron ; Cass. crim., 19 janv. 1999, *Bull. crim.* n°9 ; *JCP* 1999, II, 10156, note D. Rebut ; Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n°131 ; *D.* 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p. 879, obs. Renucci ; Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim.* n°27 ; *D.* 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot

§I. La recevabilité compréhensible des preuves déloyales

14. En matière d'admission de preuves déloyales, les jurisprudences, qui sont le plus souvent justifiées et approuvées par la doctrine (B), sont multiples mais relativement peu variées, notamment en ce qu'elles traitent le plus souvent d'enregistrements sonores (A).

A. La diversité des illustrations en matière d'inexistence de la condition de loyauté de la preuve pénale

15. De nombreuses solutions[113] ont exclu les personnes privées du champ d'application du principe de loyauté de la preuve pénale. La loyauté apparaît ainsi comme un critère insuffisant pour être opposé aux personnes privées rapportant une preuve déloyale (1) et est même manipulée par les juges du fond pour être reconnue aux uns mais écartée des autres (2).

1. L'insuffisance de la loyauté de la preuve pénale dans la garantie des droits et obligations des mis en cause

16. Les droits de la personne, motif suffisant pour écarter une preuve déloyale ? La preuve déloyale la plus récurrente rapportée par les personnes privées correspond aux enregistrements. Le droit à l'intimité de sa vie privée et familiale et les droits de la défense sont protégés par la CESDH, respectivement, en son article 8 et en son article 6. La protection conférée à ces droits étant supranationale, il semblerait logique qu'ils ne souffrent d'aucune exception. Toutefois, la chambre criminelle ne l'entend pas de cette oreille et n'hésite pas à admettre des preuves pénales déloyales rapportées par des particuliers.

16.1. Le rejet d'une atteinte aux droits de la défense du mis en cause. Dans un arrêt du 28 avril 1987[114], la partie civile et des témoins avaient enregistré des conversations entre la partie civile et le mis en cause à l'insu de celui-ci, puis transmis les enregistrements à l'autorité publique. L'enregistrement obtenu est déloyal dès lors qu'il a été réalisé à l'insu de celui dont

[113] V. notamment Cass. crim. 23 juil. 1992, *Bull. crim.* n°274 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron ; Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n°210 ; *D.* 1994 jurisp. p.613 C. Mascala ; Cass. crim., 23 juin 1999, pourvoi n°98-84.701 ; Cass. crim., 1er oct. 2003, *Bull. crim.* n°176 ; *D.* 2004, p.1845, note Sanchez ; Cass. crim., 27 nov. 2013, *Bull. crim.* n°238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, A.-S. Chavent-Leclère ; *Droit pénal* 2014, comm. 29, obs. A. Maron et M. Haas ; *JCP G* 2014, 139, S. Detraz

[114] Cass. crim., 28 avr. 1987, *Bull. crim.* n°173

les paroles ont été enregistrées. Le requérant, demandant l'annulation des actes d'enregistrements, soutenait que les enregistrements litigieux portaient atteinte à ses droits de la défense. Or, la chambre criminelle a admis la preuve en considérant qu'elle ne portait pas atteinte aux droits puisqu'au moment de l'enregistrement aucune enquête n'était ouverte. Dès lors, le cadre juridique dans lequel les droits de la défense sont effectifs n'était pas posé. En l'espèce, la chambre criminelle préfère rappeler le cadre dans lequel ces droits s'appliquent pour éviter de se prononcer sur une quelconque déloyauté de la preuve. Dans tous les cas, il n'est pas certain que, si une enquête avait été effectivement ouverte, la chambre criminelle aurait refusé d'admettre la preuve pénale recueillie par un particulier. D'ailleurs, dans cet arrêt, la Cour de cassation a aussi considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte au droit au respect de la vie privée du mis en cause.

16.2. La relation entre droit au respect de la vie privée du mis en cause et preuve déloyale.

La preuve recueillie en méconnaissance de ce droit est déloyale car, et à l'image de la jurisprudence précédente, elle est obtenue à l'insu d'une personne. Elle peut en outre être considérée comme illégale dans la mesure où elle est obtenue en violation de la loi[115] mais ce point sera traité ultérieurement[116]. Cependant, la preuve sera dite illicite – le terme d'illicéité étant préféré à celui d'illégalité par la doctrine[117]. Le plus souvent, ces preuves déloyales et illicites sont des enregistrements, tant sonores que visuels. Dans une affaire de 1992[118], une société avait placé une caméra à l'intérieur d'une bouche d'aération afin de surveiller les opérations de caisse après avoir constaté une baisse importante du chiffre des encaissements en numéraire. Les enregistrements ont révélé les infractions commises par des employés au préjudice de la société. Ces derniers ont considéré qu'un tel enregistrement portait atteinte à l'intimité de leur vie privée. Toutefois, l'infraction d'atteinte à la vie privée est constituée dès lors qu'un enregistrement, de paroles ou d'images d'une personne dans un lieu privé et à son insu, est effectivement destiné à porter atteinte à l'intimité de leur vie privée, en application de l'article 226-1 du Code pénal[119]. Or en l'espèce, il ne s'agissait pas de cela mais bien de trouver

[115] V. art. 226-1 du c. pén.
[116] V. *infra* n°162 et s.
[117] V. notamment E. Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *D.*, 2014, p.407 ; J.-B. Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p.436
[118] Cass. crim. 23 juil. 1992, *Bull. crim.* n°274 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron
[119] Alinéa 1er de l'art. 226-1 du c. pén. : *« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :*
1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;
2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ».

une explication à la baisse du chiffre des encaissements en numéraire et donc in fine, de découvrir la commission d'infractions de vol, d'abus de confiance et d'escroquerie. En conséquence, l'atteinte n'étant pas constituée, l'infraction pénale n'est pas caractérisée. Ainsi, même si la preuve n'est pas le fruit d'une infraction, sa déloyauté ne produit aucun effet : elle sera tout de même recevable en justice au même titre qu'une preuve licite. La chambre criminelle a par la suite confirmé sa position[120].

16.3. Champ d'application de l'obligation du secret professionnel grâce à un enregistrement déloyal. Par principe, en raison de son statut, un avocat est tenu au secret professionnel, sous peines d'emprisonnement et d'amende[121]. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler le champ d'application de cette obligation au travers de la jurisprudence[122] relative à la loyauté de la preuve pénale. En effet, un avocat soutenait notamment que son interlocuteur avait violé le secret professionnel : la conversation que ce dernier avait enregistrée, à son insu et dans son cabinet, en était couverte dès lors qu'au cours de celle-ci l'avocat représentait les intérêts d'un de ses clients. C'est à travers la notion de loyauté de la preuve que la chambre criminelle a estimé, par l'admission de l'enregistrement litigieux, que si le secret professionnel s'imposait à l'avocat, le simple particulier ne l'est pas. Cela s'affirme avec d'autant plus de vigueur lorsque le particulier en cause n'est pas le client de l'avocat. Ainsi, bien que l'avocat soit tenu au secret professionnel, il ne peut pas enregistrer et révéler le contenu d'une conversation ; en revanche, puisqu'un particulier n'en est pas tenu, il peut au contraire porter atteinte à l'obligation incombant au mis en cause tout en le poursuivant en justice… Le 'principe' de loyauté ne permet donc aucune garantie des droits et obligations des mis en cause.

2. L'utilisation étonnante du critère de loyauté par les juges du fond à l'égard des personnes privées

17. La déloyauté de la preuve pénale dans le cadre d'un piège. La déloyauté dans le recueillement d'une preuve peut aussi se caractériser par un piège : elle est même censurée par la Cour de cassation[123] lorsqu'elle est recueillie par l'autorité publique. D'ailleurs, il ne peut

[120] Cass. crim., 23 juin 1999, pourvoi n°98-84.701
[121] Art. 226-13 et s. du c. pén.
[122] Cass. crim., 11 févr. 1992, *Bull. crim.* n°66 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron
[123] V. *infra* n°185

être soutenu que le fait de tendre un piège à autrui n'est pas déloyal. Pourtant, un cas d'espèce nous fait penser le contraire. Une personne privée avait tendu un piège à un utilisateur internet, en prenant sciemment contact avec ce dernier, qui lui a révélé détenir des photographies pédopornographiques. La personne privée a ensuite dénoncé l'utilisateur aux forces de l'ordre. Cette dénonciation n'a pas été considérée comme irrégulière par la chambre criminelle de la Cour de cassation[124]. En effet, elle estime dans ce cadre que la preuve a permis de constater l'existence d'une infraction commise ou sur le point de l'être. A contrario, la preuve déloyale ne devrait pas être admise lorsqu'elle ne fait pas suite à une infraction déjà commise ou sur le point de l'être.

18. La manipulation par les juges du fond de la loyauté de la preuve pénale. Il est clair que la loyauté de la preuve pénale ne s'applique pas aux personnes privées, contrairement à l'autorité publique. Une même affaire a pu traiter de ces deux cas, de manière étonnante. Dans son arrêt du 16 décembre 1997[125], la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu qu'un policier agissant dans le cadre de ses fonctions était tenu au principe de loyauté de la preuve pénale alors que les juges du fond avaient considéré qu'il intervenait en tant que victime. Il s'agissait en l'espèce d'un avocat qui avait tenté d'obtenir des informations auprès d'un gardien de la paix moyennant rémunération ; ce dernier a enregistré leur conversation. La cour de renvoi[126] a résisté à la solution posée par la chambre criminelle et l'affaire est une nouvelle fois arrivée devant la chambre criminelle : les juges du fond ont déterminé que l'enregistrement effectué à l'insu de l'avocat, même réalisé au cours d'une affaire de trafic de stupéfiants, visait à établir la preuve d'une infraction dont le policier était lui-même victime, la corruption active. La preuve n'était alors pas susceptible d'annulation pour défaut de loyauté. La chambre criminelle admit, dans la lignée de la chambre d'accusation de renvoi, que *« l'enregistrement critiqué ne constituait pas un acte de procédure susceptible d'annulation, mais seulement un moyen de preuve soumis à la libre discussion des parties, ayant été effectué par le fonctionnaire de police, non dans l'exercice de ses fonctions, en vue de constater des faits de trafic de stupéfiant, sur délégation judiciaire, mais, en tant que victime de faits de corruption, pour se constituer une preuve des sollicitations dont il était l'objet »*[127]. Une espèce, deux solutions. D'une part, l'enregistrement avait originellement pour objectif de recueillir les informations

[124] Cass. crim., 1er oct. 2003, *Bull. crim.* n°176 ; *D*. 2004, p.1845, note Sanchez
[125] Cass. crim., 16 déc. 1997, *Bull. crim.* n°427
[126] CA Paris, ch. d'accusation, 22 juin 1998
[127] Cass. crim., 19 janv. 1999, *Bull. crim.* n°9 ; *JCP* 1999, II, 10156, note D. Rebut

relatives au trafic de stupéfiants et dans ce cas, le policier agissait effectivement dans le cadre de ses fonctions. D'autre part, l'enregistrement révèle l'infraction de corruption active dont se trouve être victime le policier ; dans ce cas, ce dernier est considéré comme une victime, et donc une personne privée. Or, retenir cette dernière hypothèse comme l'a fait la Cour de cassation en 1999 est critiquable car elle ne s'intéresse plus dans ce cadre à l'objectif premier assigné à l'enregistrement litigieux à savoir recueillir des preuves de l'existence de trafic de stupéfiants. Ainsi, cette petite saga jurisprudentielle démontre bien que seules les personnes privées peuvent bénéficier d'une déloyauté dans leurs preuves pénales.

19. En conséquence, la preuve pénale d'une personne privée rapportée en justice n'a pas à être soumise à la condition de loyauté. Cela démontre bien que le principe de loyauté de la preuve pénale n'a que le titre de principe : il ne s'applique pas à l'égard des particuliers. Plusieurs justifications peuvent expliquer cette position jurisprudentielle.

B. Les justifications de la position complaisante des juges au profit des personnes privées de la loyauté de la preuve pénale

20. Au soutien de leur démonstration, il est loisible aux personnes privées d'apporter des preuves qui auront été obtenues de manière douteuse, déloyale et illicite. La vérité, le fond, que ces personnes voudront faire éclater au grand jour n'aura pas à respecter l'exigence de loyauté, la forme. Des justifications sont apportées par le fait que le Code de procédure pénale ne s'applique pas aux personnes privées : celles-ci ne disposent pas de pouvoir coercitifs (1) et ne sont pas soumises aux différentes exigences du code (2).

1. L'absence de pouvoirs coercitifs des personnes privées dans la recherche de la preuve pénale

21. La déloyauté compensatrice du champ d'action limité des personnes privées. Les personnes privées ne disposent que de peu de moyens pour prouver la véracité d'un fait. La première des justifications, expliquant le pouvoir pour ces personnes d'user d'une certaine forme de déloyauté pour rapporter une preuve, réside dans le fait qu'elles n'ont pas les moyens nécessaires pour recueillir une preuve pénale dépourvue de déloyauté. En effet, elles ne peuvent pas recourir à des perquisitions, des saisies, des interceptions de correspondances, des auditions – entre autres. Les personnes privées rencontrent plus de difficulté à rassembler des preuves

que l'autorité publique. C'est en cela que la doctrine[128] se montre favorable à l'admission des preuves déloyales des personnes privées. La déloyauté est ainsi compréhensible : en l'absence de pouvoirs coercitifs, elles doivent pouvoir bénéficier, pour le recueil d'une preuve, d'un autre type de marge de manœuvre pour compenser cette absence.
En plus de ne pas disposer de pouvoirs coercitifs, une autre justification réside dans le fait que les particuliers ne sont pas soumis au Code de procédure pénale.

2. L'inapplication relative des règles procédurales aux personnes privées

22. Obligations légales et déontologiques face à la déloyauté de la preuve des parties privées. *« Les parties privées ne sont pas soumises, sauf exceptions, au respect du code de procédure pénale, de telle sorte qu'elles n'ont pas à respecter les règles couvrant la déloyauté »*[129]. Le formalisme lié aux interceptions de correspondances[130], aux enquêtes sous pseudonyme ou aux auditions n'est pas reconnu aux personnes privées : dès lors elles s'affranchissent aussi bien du respect des règles légales[131] que des obligations déontologiques[132] qui s'appliquent aux professionnels, tels que les juges d'instruction[133]. Elles n'ont ainsi pas à suivre toutes les obligations auxquelles l'autorité publique est soumise.

23. Des objectifs identiques, une application différente de la loyauté. Aucun texte ne régit la loyauté des preuves apportées par les personnes privées alors même qu'à l'égard de l'autorité publique, la jurisprudence rattache la loyauté à l'article préliminaire du Code de procédure pénale[134]. En revanche, elle n'hésite pas à accorder le bénéfice de l'article 427 du même code aux personnes privées pour justifier l'admission des preuves déloyales[135]. Et pour cause, cet article admet le principe de liberté de la preuve[136]. De fait, les particuliers se voient priver des moyens coercitifs mis à disposition des personnes publiques, mais en contrepartie, leur preuve est libre et peut donc être déloyale. Cette faveur n'est pas approuvée par une certaine partie de

[128] V. notamment J. Lasserre Capdeville, « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ Pénal*, 2010, p.280 ; C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal*, 2005, p. 261
[129] J.-B. Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p.436
[130] V. notamment CA Bordeaux, ch. de l'instruction, 28 juin 2011
[131] Dont la violation peut s'assimiler à une forme de loyauté ; v. notamment *infra* n°162 et s.
[132] J. Pradel, « La sonorisation d'un local de garde à vue est-elle licite ? », *D.*, 2015, p.711
[133] Cass. ch. réun., 31 janv. 1888, arrêt Wilson ; *S.* 1889. 1. 241
[134] V. *infra* n°188
[135] V. notamment Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n°210 ; *D.* 1994 jurisp. p.613 C. Mascala ; Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n°131 ; *D.* 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p. 879, obs. Renucci
[136] V. notamment C. Mascala, note sous Cass. crim. 15 juin 1993 ; *D.* 1994 jurisp. p.613

la doctrine, selon laquelle *« le principe de liberté de la preuve ne signifie pas qu'une preuve puisse être rapportée par tout moyen, y compris déloyal »*[137]. En effet, la preuve déloyale est autorisée car le particulier participe à la défense de l'intérêt général[138] et empêche un risque de déperdition des preuves des infractions pénales[139]. La Professeure Mascala reprend ces arguments et ajoute que *« la manifestation de la vérité justifie la recevabilité de tout moyen de preuve »*[140] même déloyal donc. Pourtant, la défense de l'intérêt général ainsi que la recherche de la vérité sont des missions essentielles de l'autorité publique[141] et le risque de déperdition d'une preuve légitime des mesures coercitives[142] ! Les justifications reconnues aux personnes privées devraient pouvoir être transposables à l'égard de l'autorité publique. Or, alors même qu'elles poursuivent les mêmes objectifs, elles ne sont pas soumises au même régime.

24. La recevabilité des preuves déloyales obtenues par les personnes privées est compréhensible dans la mesure où elle peut être justifiée ; mais, le principe de loyauté est invisible. La preuve recueillie déloyalement parce qu'obtenue en violation de la loi pénale est aussi admise en justice. Toutefois, cela n'est pas autant justifié que la preuve simplement déloyale ; dans ce cas, la preuve est aussi illégale. La notion d'illégalité renforce l'idée selon laquelle le principe de loyauté de la preuve pénale n'est pas un principe.

---

[137] V. Vigneau, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2011, p.618

[138] V. notamment J. Pradel, « La sonorisation d'un local de garde à vue est-elle licite ? », *D.*, 2015, p.711 ; Ph. 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 ? », *Droit pénal*, 2009, n°4, étude 8

[139] V. notamment Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim.* n°27 ; *D.* 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot

[140] C. Mascala, note sous Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n°210 ; *D*. 1994, jurisp. p.613

[141] V. notamment P. Lemoine, « Ministère public. – Organisation. Attributions du garde des Sceaux », *J.-Cl. Procédure pénale*, 26 février 2005, fasc n°20, n°2 ; J. Buisson, « Police judiciaire. – Dispositions générales. – Direction, surveillance et contrôle de l'autorité judiciaire. – Officiers de police judiciaire », *J.-Cl. Procédure pénale*, 19 novembre 2012, fasc. n°20, n^{os} 11 à 15

[142] Par exemples, une garde à vue peut être décidée pour empêcher que le mis en cause ne modifie les preuves, en application de l'art. 62-2, 3°, du c. proc. pén. ; de même pour la détention provisoire, selon l'art. 144 du c. pro. pén. ; l'OPJ *« veille à la conservation des indices susceptibles de disparaitre »* en cas de crime flagrant selon l'art. 54 alinéa 2 du c. pro. pén.

§II. La recevabilité critiquable des preuves illégales

25. Même si elles sont à distinguer, les notions de loyauté et de légalité se recoupent (A) ; d'ailleurs, tant la preuve déloyale qu'illégale n'emporte aucune poursuite pénale pour la personne privée rapportant de telles preuves (B). Le principe de loyauté de la preuve pénale ne produit aucun effet, tant à l'égard de la preuve déloyale qu'à celle illégale.

A. Loyauté et légalité, des notions similaires mais non-identiques

26. La preuve illégale est soumise au même régime que la preuve déloyale : elle est recevable (1), même lorsqu'elle est par la suite saisie par l'autorité publique (2).

1. La transposition des effets de la preuve déloyale en justice à la preuve illégale

27. Articulation entre loyauté et légalité [1]. Déloyauté et illégalité sont deux termes proches mais ne se confondent pas entièrement. La légalité renvoie simplement à ce qui est prévue par la loi alors que la loyauté est une unité de mesure de l'éthique[143] ou de l'honneur d'un individu. La déloyauté ne renvoie pas nécessairement à la commission d'une infraction ; l'illicéité se situe dans un cadre plus vaste que l'illégalité. Quasiment toutes les jurisprudences[144] relatives à l'admission des preuves déloyales des parties privées traitent dans le même temps de la recevabilité des preuves illégales. Ces dernières sont obtenues en violation de la loi, notamment par la commission d'une infraction.

28. La violation de la loi protégeant l'intimité de la vie privée. L'illustration la plus courante de l'admission de la preuve déloyale parce qu'illégale est celle de la preuve obtenue en violation de l'intimité de la vie privée. Dans son arrêt Turquin du 6 avril 1993[145], la chambre criminelle

---

[143] V. notammnt V. Malabat, « Morale et droit pénal », in Droit et morale, D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet (dir.), Dalloz, 2011, p.219 et s.

[144] V. notamment CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen ; Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* n°381 ; Cass. crim., 6 avr. 1993, arrêt Turquin, pourvoi n°93-80.184 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat ; J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts de la procédure pénale, 4e éd. Dalloz, 2003, n°16, p.189 ; Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim*. n°210 ; *D*. 1994 jurisp. p.613 C. Mascala ; Cass. crim., 27 nov. 2013, *Bull. crim*. n°238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, A.-S. Chavent-Leclère ; *Droit pénal* 2014, comm. 29, obs. A. Maron et M. Haas ; *JCP G* 2014, 139, S. Detraz ; CA Bordeaux, 21 sept. 2017, n°16/00204, *Droit pénal des affaires*, 26 sept. 2017, note D. Goetz

[145] Cass. crim., 6 avr. 1993, arrêt Turquin, pourvoi n°93-80.184 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat ; J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts de la procédure pénale, 4e éd. Dalloz, 2003, n°16, p.189

a suivi le raisonnement des juges du fond[146] : les enregistrements des conversations du mis en cause et de son épouse, réalisées par cette dernière à l'insu de ce premier, ne peuvent être annulés parce qu'ils ne constituent pas des actes de l'information et ce, alors même que le requérant soutenait que les enregistrements constituaient le délit d'atteinte à la vie privée. Ainsi, la chambre ne se prononce pas sur la caractérisation ou non de l'infraction elle-même ; elle préfère simplement retenir que la preuve, même si illicite, ne peut être annulée. D'ailleurs, pour continuer à éviter de se prononcer sur l'aspect déloyal et illégal de la preuve, la chambre criminelle ne manque pas de souligner que la violation de l'article 6 de la CESDH ne peut être invoquée devant la chambre de l'accusation tout en précisant qu'en l'espèce, les droits de la défense ont été respectés dans le cadre du processus pénal. Par la suite, la chambre criminelle poursuit dans sa logique : par exemple, la preuve portant atteinte au secret des correspondances sera recevable sans que l'on s'interroge effectivement sur la commission d'une infraction[147]. La commission d'une infraction n'a donc aucune incidence sur l'admission de la preuve déloyale et illégale.

29. Le refus de la CEDH de connaître des preuves déloyales et illégales. C'est dans son arrêt Schenk[148], le plus emblématique en la matière, que la CEDH a admis, sous la coupe de l'article 6 de la CESDH, la validité des preuves illégales présentées en justice, sous réserves qu'elles soient discutées entre les parties au cours d'un procès équitable. Encore une fois, un individu avait enregistré une conversation au cours de laquelle un ressortissant suisse lui demandait d'assassiner sa femme ; l'enregistrement a été par la suite porté à la connaissance du juge d'instruction. Dans cette affaire, la CEDH ne règle pas directement l'admissibilité des preuves déloyales ou illégales en raison de ces caractères. En effet, elle énonce, dans un premier temps, que ce domaine incombe aux États, qui ont seuls la faculté de poser les règles en la matière. Puisque l'article 6 de la CESDH n'a pas vocation à *« réglementer l'admissibilité des preuves »* selon elle, la CEDH ne sera jamais amenée à rejeter une preuve déloyale ou illégale d'office. Dans un second temps, elle recherche seulement si le principe du procès équitable, sous les angles de l'égalité des armes et des droits de la défense, a été respecté. Ainsi, la Cour se fonde sur un autre critère que celui de la loyauté pour admettre les preuves en justice : dès lors que le procès n'aura pas été équitable en raison de la preuve illégale ou déloyale, celle-ci pourra être écartée. La déloyauté de la preuve n'est qu'un élément parmi d'autres qui sera pris en

[146] CA Aix-en-Provence, ch. d'accusation, 29 oct. 1992
[147] Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n°210 ; *D.* 1994 jurisp. p.613 C. Mascala
[148] CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen

considération, au titre d'une analyse globale, pour déterminer si le requérant a ou non bénéficié d'un procès équitable[149]. En l'espèce, le requérant n'a pas été privé d'un procès équitable puisqu'il a pu valablement exercer ses droits de la défense en contestant la preuve dont il connaissait l'existence et l'origine et d'autant plus que cette preuve n'était pas le seul élément accablant à son encontre. En conséquence, si la CEDH ne se prononce pas expressément sur l'admission des preuves illégales et déloyales, elle soumet leur recevabilité à deux conditions : le respect d'un procès équitable et la libre discussion des preuves entre les parties.
Dans tous les cas, même si par la suite elle est saisie par l'autorité publique, la preuve illégale demeure recevable en justice.

2. Le comportement déloyal et illégal d'une personne privée, critère indifférent à la recevabilité d'une preuve profitant à l'autorité publique

30. L'effet de la violation de la loi par une partie privée sur l'obtention d'une preuve par l'autorité publique. L'absence d'incidence de la violation d'une loi pénale sur la recevabilité d'une preuve pourrait ne concerner que les parties privées. Toutefois, il peut arriver qu'une personne commette une infraction et recueille une preuve et que cette preuve soit par la suite saisie par l'autorité publique. Ce problème a dû être résolu par la chambre criminelle[150]. Il s'agissait en l'espèce d'un salarié qui avait dérobé à son ancien employeur des fichiers informatiques démontrant la participation d'une personne à la commission de plusieurs infractions. Ce n'est qu'ultérieurement que le vol et les fichiers ont été découverts, à l'occasion d'une perquisition faite par l'autorité publique française à la suite d'une demande en ce sens par les autorités suisses pour leur propre procédure ; les fichiers n'étaient donc pas volontairement remis par le salarié aux enquêteurs français[151]. La preuve illégale, recueillie par un particulier mais involontairement remise par elle à l'autorité publique qui n'a donc pas participé à la confection de la preuve, a été considérée comme recevable dans cette espèce. La déloyauté, étant été constituée par la personne privée au moment de cette confection, n'emporte aucune conséquence sur le recueil de la preuve par l'autorité publique.

[149] Ph. 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 ? », *Droit pénal*, 2009, n°4, étude 8
[150] Cass. crim., 27 nov. 2013, *Bull. crim*. n°238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, A.-S. Chavent-Leclère ; *Droit pénal* 2014, comm. 29, obs. A. Maron et M. Haas ; *JCP G* 2014, 139, S. Detraz
[151] S. Fucini, « Perquisition : recevabilité de la preuve illicite émanant d'un particulier », *Dalloz actualité*, 16 décembre 2013

31. L'impact de la part active de l'autorité publique à l'obtention d'une preuve déloyale par une personne privée. Cependant, la Cour de cassation retient une approche différente lorsque l'autorité publique a joué un rôle dans l'obtention de la preuve. En matière douanière, elle a considéré que l'annulation d'une procédure fondée *« sur des extraits de compte particulier provenant d'un vol commis à l'instigation d'agents chargés des constatations et poursuites »*[152] devait être prononcée. Il est certain que le fait que les douaniers soient à l'origine du vol ayant permis le recueil des preuves ait eu une conséquence sur la recevabilité de ces mêmes preuves en justice ; l'autorité publique, comme nous le verrons, est soumise au principe de loyauté de la preuve pénale[153]. De fait, si l'infraction est commise par une personne privée, de sa propre initiative et sans l'instigation de l'autorité publique, la preuve qui découlera de cette infraction sera illégale, déloyale, mais admise ; en revanche, la preuve issue d'une infraction commise par un particulier mais incitée par l'autorité publique sera refusée car déloyale.

32. Par ailleurs, la loyauté de la preuve pénale amène à nous interroger sur l'irresponsabilité pénale de la personne ayant commis l'infraction pour le recueil de la preuve : cette interrogation permet de délimiter les effets, déjà restreints, du principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées.

B. Des poursuites pénales infructueuses à l'encontre d'une personne privée et de sa preuve illégale

33. Commettre une infraction pour prouver une infraction…et ne pas être poursuivi ! Il s'agit là d'une situation qui n'est pas saisie par la jurisprudence. Il est discutable et surprenant – mais pourtant admis – de pouvoir poursuivre un individu sur le fondement d'une preuve illégale parce que celle-ci, bien que révélant la vérité, est profondément déloyal. Il parait même impensable – et pourtant admis – qu'une preuve obtenue par la commission d'une infraction par une personne privée soit recevable devant la juridiction de jugement. Les juges ne peuvent admettre une preuve illégale sans inciter à la poursuite pénale de la personne rapportant cette preuve. Toutefois, dès lors qu'une personne privée n'a aucunement provoqué à l'infraction et n'a que profité des circonstances de l'infraction pour recueillir la preuve de sa commission, cette personne *« ne peut se voir opposer une éventuelle atteinte à l'intimité de la vie privée*

[152] Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* n°381
[153] V. *infra* n°109

commise au détriment de celui auquel cette preuve fait grief »[154]. Autrement dit, une personne qui n'a pas provoqué à la commission d'une infraction peut se permettre de recueillir une preuve par la commission d'une infraction, sans se voir reprocher cette dernière. La recherche de la vérité revêt un degré d'importance telle qu'elle permet, uniquement à l'égard des personnes privées[155], la violation des droits et libertés des personnes par le recueil de preuves illégales.

34. L'absence d'incitation à des poursuites pénales. Dans la mesure où la Cour de cassation ne souhaite pas traiter de l'annulation d'une preuve déloyale obtenue par une personne privée[156], celle-ci pourra ne jamais être poursuivie pour l'infraction qu'elle aura commise pour recueillir sa preuve[157]. L'individu dont la preuve accable sera poursuivi et celui qui aura commis une infraction pour son obtention ne le sera pas. La chambre criminelle pourrait au moins inciter le ministère public à ouvrir une enquête relative à la commission d'une infraction ayant permis l'obtention de la preuve litigieuse. Cette incitation pourrait passer par une mention dans son attendu de principe admettant que bien que ne constituant pas un acte de procédure annulable, la preuve qui aurait été reconnue comme le fruit d'une infraction pourra être écartée des débats pour défaut de légalité ou de loyauté. Or, cette hypothèse ne verra pas le jour dans la mesure où la solution semble être bien ancrée dans les solutions jurisprudentielles. Cela est d'autant plus vrai que le parquet peut être frileux à poursuivre une potentielle victime d'une infraction ayant elle-même commis une infraction pour démontrer sa situation.

35. Une irresponsabilité pénale marquée par la relation entre déloyauté de la preuve et faits justificatifs. C'est pourquoi l'affaire suivante a été amorcée par une plainte d'une personne d'une grande notoriété – Madame Bettencourt – et dans un contexte intéressant tant le monde journalistique que politique. L'affaire du 31 janvier 2012[158] a trouvé une suite. Le maître d'hôtel de cette dame avait procédé à des enregistrements entre cette dernière et des tiers, notamment des avocats, afin de se protéger d'un éventuel licenciement. Cependant, il s'est avéré au fil des écoutes des enregistrements que cette dame se révélait être victime d'un abus de faiblesse. Cette dernière bénéficiant d'une certaine notoriété, des journalistes avaient publié

[154] P. Lemoine, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *Rapp. Cass.*, 2004 ; v. aussi R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd., 2001, p.197 et s.
[155] Pour l'autorité publique, la réponse est toute autre : v. *infra* n°201 et s.
[156] V. *supra* n°28
[157] Par exception v. *infra* n°52 et s.
[158] Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim.* n°27 ; D. 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914 , note F. Fourment ; *ibid.* 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2012. 224 , note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot

les enregistrements dans la presse. La Cour d'appel de Bordeaux[159] confirme en son intégralité le jugement rendu par le tribunal correctionnel[160]. Elle considère que l'atteinte à l'intimité de la vie privée était justifiée par l'état de nécessité bien que le maître d'hôtel connût la dimension privée des enregistrements. Ainsi, même si les enregistrements constituent une infraction, ils permettent la recherche de la vérité et viennent protéger la personne en ce qu'ils permettent la révélation et la fin des abus de faiblesse commis à son encontre. Ces enregistrements correspondaient au seul moyen de mettre fin au risque de spoliation de la personne, bien qu'ils concernaient des conversations privées entre avocats et cliente[161]. Les faits justificatifs jouent le rôle qui leur est normalement attribué à l'égard de l'infraction commise mais ont un effet plus étendu puisqu'ils couvrent l'illégalité et la déloyauté de la preuve pénale. S'agissant des journalistes, la Cour d'appel estime simplement que l'infraction d'atteinte à l'intimité de la vie privée n'était pas caractérisée en raison du défaut d'élément moral de celle-ci : les juges notent la rareté des références à la vie personnelle et intime de la personne et soulignent que les journalistes poursuivaient un objectif d'intérêt général, à savoir l'information du public d'un sujet légitime.

36. L'inefficacité du principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées est donc connue. Toutefois, deux mouvements contraires doivent être relevés : d'une part, un mode de preuve déloyal est consacré par la loi et, d'autre part, la reconnaissance des preuves déloyales tend à diminuer.

[159] CA Bordeaux, 21 sept. 2017, n°16/00204, *Droit pénal des affaires*, 26 sept. 2017, note D. Goetz
[160] T. corr. Bordeaux, 12 janv. 2016, n° 11027000050, *Dalloz actualité*, 19 janv. 2016, obs. S. Fucini
[161] V. notamment P.-Ph. Boutron-Marmion et E. Daoud, « La chambre criminelle valide la violation du secret professionnel de l'avocat », *AJ Pénal*, 2012, p.224

Section 2 : La coexistence de deux mouvements antagonistes en matière de déloyauté de la preuve pénale

37. Clairement, le principe de loyauté de la preuve pénale est inexistant lorsque le législateur approuve la jurisprudence lorsqu'il consacre des modes de preuves déloyaux (§I). Cependant, et dans le même temps, la jurisprudence est venue restreindre le champ d'admission des preuves déloyales en les conditionnant à l'exigence des besoins de la défense (§II).

§I. La reconnaissance opportune du législateur de la jurisprudence relative à l'opération de testing

38. Le principe de loyauté de la preuve pénale a doublement été ignoré. L'opération de testing a d'abord été admise par la jurisprudence (A) pour ensuite être reprise dans la loi (B).

A. L'admission authentique par la jurisprudence des preuves découlant de l'opération de testing

39. L'opération de testing est une preuve déloyale correspondant à un enjeu réel pour les associations (1) et est un mode de preuve reconnu par les juges (2).

1. La preuve déloyale des infractions de discrimination, l'enjeu fondamental de l'opération de testing

40. Eléments de contexte. La discrimination telle que traitée par le défenseur des droits[162] correspond à une inégalité de traitement alors même que les hommes sont libres et égaux en droits[163]. Elle est fondée sur des critères sociaux (par exemples, l'origine, la situation familiale, les mœurs de l'individu discriminé), liés à la personne (par exemples, l'apparence physique, l'orientation sexuelle, l'âge) ou à la notion de racisme et notamment, à l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou à une religion déterminée[164]. La distinction opérée entre deux personnes sur l'un de ces critères sera

[162] https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/organisation/defenseur#_ftn1
[163] Article 1 de la DDHC : *« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »*.
[164] V. art. 225-1 du c. pén.

discriminatoire lorsqu'elle est réalisée dans un cadre spécifique[165]. Par l'extension[166] des critères caractérisant des discriminations, le législateur a manifesté sa volonté de les combattre.

40.1. Des pratiques associatives engendrant une preuve déloyale. L'opération de testing permet à des associations de démontrer l'existence de pratiques discriminatoires en les provoquant : elle fait participer plusieurs personnes de différentes origines en les présentant à l'entrée de bars et discothèques ou en les faisant répondre à des offres d'emploi. Dès lors que l'opération révèle que les personnes d'origine étrangère se voient refuser l'accès à l'établissement ou à l'embauche, la discrimination est caractérisée et des poursuites sont engagées. Bien qu'elle soit au moins en apparence déloyale, puisqu'elle pousse à la commission de l'infraction de discrimination par une mise en scène, le testing est nécessaire pour les personnes discriminées ayant du mal à démontrer l'existence de l'infraction ; cela concerne aussi bien l'élément intentionnel que le motif discriminatoire lorsque l'auteur ne manifeste pas clairement la raison pour laquelle il discrimine un individu. C'est en raison de cette difficulté que l'opération de testing a été utilisée par les personnes privées et les associations[167] et reconnue par la jurisprudence.

2. Une position jurisprudentielle favorable à l'opération de testing au détriment de la loyauté de la preuve pénale

41. La loyauté de la preuve pénale, un critère ignoré par la jurisprudence. La volonté législative de combattre les actes discriminatoires a été reprise par les juges, qui ont ainsi admis les opérations de testing comme preuve de discrimination. La recevabilité des opérations concerne surtout les refus de prestation de service au sens de l'article 225-2, 1°, du Code pénal. Bien qu'elle ait déjà été traitée à plusieurs reprises[168], sa légitimité est tirée de la jurisprudence du 11 juin 2002[169]. L'association SOS-Racisme avait composé des groupes d'individus tant

[165] V. art. 225-2 du c. pén.
[166] V. notamment, la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 qui a introduit la notion de caractéristique génétique ; la loi n°2014-173 du 21 février 2014 qui a intégré le lieu de résidence dans la liste des critères pouvant fonder une discrimination ; la loi n°2016-832 du 24 juin 2016 qui a ajouté le critère de particulière vulnérabilité résultant de la situation économique d'une personne ; la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 qui a remplacé la notion d'identité sexuelle par l'identité du genre et introduit le critère fondé sur la capacité pour une personne de s'exprimer dans une langue autre que le français mais aussi celui de la perte d'autonomie.
[167] V. notamment J. Lasserre Capdeville, « Le testing », *AJ Pénal*, 2008, p.310
[168] V. notamment Cass. crim., 12 sept. 2000, pourvoi n°99-87.251 ; CA Toulouse, 4 avr. 2002, n°2001/02182 ; CA Nîmes, 23 mars 2006, n°06/00321
[169] Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim*. n°131 ; *D.* 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p. 879, obs. Renucci

d'origine européenne que maghrébine et ceux d'origine maghrébine se sont vu refuser l'entrée des établissements de nuit, contrairement aux premiers. L'association a alors déposé plainte contre les gérants des établissements pour discrimination. Les juges du fond ont considéré que l'opération de testing n'était pas neutre quant à son but, heurtait tant l'exigence de loyauté dans la recherche des preuves que les droits de la défense et le droit au procès équitable[170] ; et donc les preuves découlant de l'opération de testing ont été obtenues de manière déloyale. Cependant, la chambre criminelle censure l'arrêt des juges du fond : elle explique que les personnes privées, ou du moins les associations, peuvent recourir à un procédé déloyal pour démontrer l'existence des discriminations ; dans ce cas, la condition de loyauté n'est donc pas exigée et est même méconnue.

42. La valeur de l'opération de testing, une preuve déloyale ordinaire. Comme pour toute infraction, la discrimination doit être constituée dans tous ses éléments pour que les juges prononcent une condamnation. C'est ainsi que la chambre criminelle[171] approuve les juges du fond écartant la caractérisation de l'infraction de discrimination en raison de l'affluence de clients dans l'établissement de nuit et de la simple admission d'un couple d'origine non-maghrébine. Ainsi, la preuve découlant de l'opération de testing est une preuve comme une autre : elle est appréciée par les juges, peut ne pas être convaincante et voit son caractère probant renforcé lorsqu'elle est accompagnée d'autres éléments permettant d'asseoir sa pertinence. Elle n'a pas une valeur juridique supérieure à toute autre preuve licite ou illicite.

43. Un effet inattendu ? L'opération de testing peut avoir un effet inattendu, notamment en matière d'envoi de curriculum vitae avec des noms d'individus à consonnance étrangère. Si la mode de l'envoi des curriculums vitae anonymes s'est estompée, un auteur a considéré que le testing serait utile dans la lutte contre les discriminations à l'embauche[172]. Toutefois, aucune jurisprudence n'est à relever en la matière.

44. L'opération de testing ainsi reconnue par la jurisprudence a été reprise par le législateur. Il s'agit ici d'une volonté flagrante de méconnaitre le principe de loyauté de la preuve pénale : l'absence d'effet du principe est affirmée dans ce cadre par le législateur. Mais il n'est pas certain que la consécration de l'opération de testing soit d'une efficacité absolue.

[170] CA Montpellier, 5 juin 2001, n°00-01.712
[171] Cass. crim., 12 oct. 2004, n°04-80.624
[172] J. Lasserre Capdeville, « Le testing », *AJ Pénal*, 2008, p.310

B. La confirmation stérile par le législateur du nouveau mode de preuve pénale déloyale

45. Pour être certains que leur solution ne soit pas censurée par les sages, peut-être vis-à-vis du principe de loyauté de la preuve pénale, les juges refusent de renvoyer une QPC (2) portant sur la constitutionnalité de l'opération de testing, consacrée par le législateur (1).

1. La consécration légale d'une solution jurisprudentielle classique relative à l'opération de testing

46. La loyauté de la preuve pénale, une nouvelle fois ignorée. C'est par la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances que le législateur a consacré l'opération de testing[173]. L'article 45 de la loi intègre dans le Code pénal ce mode de preuve : *« les délits [de discrimination] sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie »*[174].

46.1. Une consécration légale futile. Il ne résulte pas de cette reconnaissance de grandes conséquences : elle n'est pas innovante puisqu'elle ne fait que reprendre ce qui a déjà été admis. En effet, que l'opération soit admise par la jurisprudence ou la loi, la preuve pénale est soumise au même cadre juridique et la réponse pénale à la commission des infractions de discrimination n'est pas facilitée[175] : *« le bilan apparaît relativement décevant »*[176], notamment en raison de la difficulté à prouver effectivement la discrimination. D'ailleurs, la loi ne confère pas à cette preuve une valeur plus importante qu'une autre. Les seuls intérêts à noter, qui sont bien maigres à l'égard de cette consécration superficielle, sont au nombre de deux. D'abord, elle pose un cadre pour éviter les dérives et abus des personnes s'estimant discriminées. Ensuite, elle donne un coup d'arrêt à la jurisprudence. Il a pu en effet être relevé par Madame la Sénatrice Bariza Khiari que *« les contours de la validité du testing dépendent toujours de l'interprétation du*

[173] Signalons aussi que des députés belges souhaitent voir consacré l'opération de testing : v. Proposition de loi visant à permettre des tests de situation en vue de lutter contre toutes formes de discriminations, Doc 54 1840/001, 18 mai 2016
[174] Art. 225-3-1 du c. pén.
[175] V. notamment J. Lasserre Capdeville, « Le testing », *AJ Pénal*, 2008, p.310
[176] N. Demard, « La « stratégie contentieuse » en matière pénale », *in 10 ans de droit de la non-discrimination*, Actes du Colloque organisé par le Défenseur des droits, octobre 2015, p.109

juge dès lors qu'ils n'ont pas été précisés par la loi »[177]. Ainsi, la loi garantit désormais l'effectivité de la solution admise en évitant potentiellement une jurisprudence future qui viendrait contredire une autre, bien que la preuve ainsi obtenue n'ait jamais été refusée pour défaut de loyauté par les juges.
En outre, ces derniers refusent de renvoyer l'article 225-3-1 du Code pénal devant les sages pour un contrôle de constitutionnalité.

2. La constitutionnalité de l'article 225-3-1 du Code pénal au regard des droits de la défense et de la loyauté de la preuve

47. Le refus de renvoi injustifié de QPC portant sur l'article 225-3-1 du Code pénal. Rappelons que le Conseil constitutionnel avait été saisi, partiellement, de la conformité de la loi à la Constitution avant son entrée en vigueur[178] ; l'article relatif au testing n'a pas fait l'objet de contestation. Dans un arrêt en date du 4 février 2015[179], la Cour de cassation a été amenée à s'interroger sur le renvoi ou non d'une QPC relative à l'opération de testing rédigée ainsi qu'il suit : *« l'article 225-3-1 du code pénal, qui valide la sollicitation d'un bien ou d'un service effectuée dans le seul but de faire commettre une discrimination, comme moyen de preuve de ladite discrimination, porte-t-il atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, tels qu'ils découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? »*[180]. Bien que l'article n'ait jamais fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et est applicable aux faits d'espèce, la chambre criminelle retient que la question n'est ni nouvelle ni sérieuse et refuse de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel. En estimant que les droits de la défense ainsi que le droit à un procès équitable n'ont pas été atteints, elle insiste sur plusieurs points, regroupés en deux points ci-après.

48. Provocation à la preuve ou provocation à la commission d'une infraction ? La question de la nature de l'opération de testing peut être légitime dans la mesure où, de prime abord, elle peut être assimilée à une provocation à la commission d'une infraction. En effet, l'opération de testing permet de démontrer l'existence de pratiques discriminatoires en poussant un individu

[177] B. Khiari, intervention lors des débats parlementaires du Sénat relatifs à l'opération de testing, Séance du 3 mars 2006
[178] Cons. const., 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, n°2006-535 DC : Rec. Cons. const. 2006, p.50
[179] Cass. crim. 4 févr. 2015, *Bull. crim*. n°26 ; *Dalloz actualité*, 25 févr. 2015, obs. C. Fonteix ; *AJ Pénal*, 2015, p.139, obs. J. Lasserre Capdeville
[180] *Ibid*.

à commettre une nouvelle fois l'infraction de discrimination ; c'est un leurre tendu par une personne dans le but de démontrer que l'individu qu'elle souhaite piéger est capable d'adopter un comportement discriminatoire – ce qui ne signifie d'ailleurs pas qu'elle en a déjà eu par le passé. En somme, elle permet d'obtenir une preuve par provocation à l'infraction. Pourtant, ce n'est pas ce qui est retenu par l'article 225-3-1 du Code pénal, ni par cet arrêt de 2015. En effet, une nuance doit être apportée. Contrairement à une provocation à la commission d'une infraction 'classique' – à savoir l'infraction poursuivie est celle découlant de l'incitation – dans le cadre de l'opération de testing, il ne s'agit pas de poursuivre l'infraction fruit de la provocation, mais bien de démontrer une infraction de discrimination commise antérieurement à l'opération[181]. D'ailleurs, pour la doctrine, l'opération de testing correspond à une provocation à la preuve dès lors que l'opération *« n'apporte […] pas la preuve directe des éventuelles discriminations préalablement réalisées*[182] *et dès lors que « la tenue et le comportement des clients « testeurs » sont comparables à ceux de n'importe quels autres clients »*[183] d'autant plus que le choix des établissements choisis par les organisateurs du testing n'est pas laissé au hasard. Ainsi, la chambre criminelle énonce clairement que l'article 225-3-1 organisant l'opération de testing *« facilit[e] la constatation des comportements discriminatoires »*[184]. Puisqu'est assigné un tel objectif de constatation des comportements, on se situe nécessairement dans le champ de la provocation à la preuve. Toutefois, la chambre continue en retenant que le testing *« ne confère pas au procureur de la République la faculté de provoquer à la commission d'une infraction »*[185]. Une ambiguïté s'installe. Devons-nous opérer une distinction fondée sur la personne rapportant la preuve recueillie par testing pour déterminer la nature de l'opération de testing ? Faut-il retenir que celle rapportée par une personne privée s'inscrit dans le champ de la provocation à la preuve tandis que celle rapportée par l'autorité judiciaire relève de la provocation à la commission d'une infraction ? Si cette mention vient semer le doute s'agissant de la nature de l'opération, une commentatrice de l'arrêt vient simplement conclure que les autorités policières ou judiciaires ne peuvent recourir à cette méthode[186] ; cela était déjà confirmé par l'ancien président de la chambre criminelle de la Cour de cassation, Didier

[181] V. notamment L. Collet-Askri, « La Chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal… », *D*. 2003, p.1309
[182] S. Detraz, « Constitutionnalité des tests de discrimination », *JCP G*, 2015, n°15, note 440
[183] J. Lasserre Capdeville, « Le testing », *AJ Pénal*, 2008, p.310
[184] Cass. crim. 4 févr. 2015, *Bull. crim*. n°26 ; *Dalloz actualité*, 25 févr. 2015, obs. C. Fonteix ; *AJ Pénal*, 2015, p.139, obs. J. Lasserre Capdeville
[185] *Ibid*.
[186] C. Fonteix, « La preuve par testing ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux », *Dalloz actualité*, 25 février 2015

Guérin[187]. Toutefois, la jurisprudence a tout de même admis en justice l'opération de testing initiée par l'autorité publique[188]…

49. La preuve pénale soumise au droit commun. *« Le testing n'a aucune incidence sur les règles de procédure »*[189]. C'est ainsi qu'il faut résumer : la preuve obtenue par opération de testing est soumise au droit commun. Premièrement, la preuve découlant de l'opération est soumise à la discussion contradictoire et à la libre appréciation des juges dans sa valeur probante. Ce point sera abordé ultérieurement et de manière générale[190]. Deuxièmement, aucun régime dérogatoire au droit commun n'est prévu par l'article 225-3-1 du code pénal en matière de poursuite et de jugement des infractions dont l'existence est révélée et démontrée par l'opération de testing. L'autorité publique ne peut, par principe, mettre en place une opération de testing : elle peut constater par procès-verbal les discriminations mises en lumière par le testing[191] mais non pas procéder au testing lui-même.

50. La consécration de l'opération de testing correspond donc, a minima, à une reconnaissance partielle d'un mode de preuve pénale déloyale par le législateur. La déloyauté est donc pleinement assumée en matière de discrimination aussi bien par les juges que par le législateur. Toutefois, le principe de loyauté de la preuve pénale est réintroduit par le concept des besoins de la défense : il s'agit d'une limite jurisprudentielle à la déloyauté des preuves pénales rapportées par les personnes privées. Néanmoins, cette limite est fragile.

[187] D. Guérin, « La lutte contre les discriminations et l'emploi », *in 10 ans de droit de la non-discrimination*, Actes du Colloque organisé par le Défenseur des droits, octobre 2015, p.51
[188] Cass. crim., 28 févr. 2017, pourvoi n°15-87.378
[189] J. Lasserre Capdeville, « L'article 225-3-1 du code pénal, régissant le testing, est conforme aux droits de la défense et au droit à un procès équitable », *AJ Pénal*, 2015, p.139
[190] V. *infra* n°63 et s.
[191] Pour les agents du Défenseur des droits : v. art. 37 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

§II. L'atténuation justifiée de la reconnaissance intégrale des preuves déloyales

51. Il a pu être relevé la volonté de la chambre criminelle de poser des limites *« au pouvoir, pour un particulier, d'utiliser une preuve d'origine suspecte »*[192]. La limite à la déloyauté, bien que remise en cause par la jurisprudence (B), réside dans les besoins de la défense (A). Ces derniers permettent de réintroduire a minima le principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées puisque la preuve déloyale sera soumise à une condition.

A. La neutralisation légitime du caractère déloyal d'une preuve par les besoins de la défense

52. Les besoins de la défense viennent ainsi compenser, de manière générale, l'absence de loyauté d'une preuve pénale rapportée par une personne privée (1), ce qui pose nécessairement la question d'une application en filigrane de la condition de loyauté (2).

1. La compensation attendue à la déloyauté d'une preuve pénale

53. La preuve pénale déloyale nécessaire aux besoins de la défense. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt du 31 janvier 2007[193], s'est penchée sur ce critère pour commencer à restreindre le champ d'admission de la déloyauté des preuves pénales des parties privées[194]. En l'espèce, une femme avait demandé à une de ses amies de relater des fausses violences commises par son époux afin de pouvoir en tirer avantage dans le cadre de leur procédure de divorce ; cependant, ce dernier a enregistré la conversation qu'il avait eu avec sa femme et au cours de laquelle elle reconnaissait expressément le caractère mensonger du témoignage de son amie. Le but de l'opération était de pouvoir rapporter la preuve de l'inexactitude dudit témoignage mais aussi de se dégager de toute responsabilité pénale recherchée sur le fondement des violences. Deux aspects de la loyauté ont été abordés. Premièrement, l'épouse a déclaré savoir que la conversation faisait l'objet d'un enregistrement et n'était donc pas déloyale car elle n'était pas réalisée à son insu. En revanche, et deuxièmement, elle considère que l'enregistrement porte atteinte à l'intimité de sa vie privée et

[192] Ph. 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 ? », *Droit pénal*, 2009, n°4, étude 8
[193] Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n°27
[194] La question n'est pas nouvelle : v. *infra* n°102

donc a été obtenu au prix d'une infraction – encore que, il peut paraître difficile de considérer qu'il y a atteinte à l'intimité de la vie privée puisqu'elle avait connaissance de l'enregistrement qui était fait de la conversation. Son raisonnement n'a pas été retenu par la chambre criminelle, qui a préféré considérer que lorsque l'enregistrement d'une conversation privée est nécessaire pour rapporter la preuve de fausses accusations, cet enregistrement est un moyen de preuve recevable. Un critère apparaît pour l'admission de la preuve déloyale : il faut qu'elle soit nécessaire aux droits de la défense de celui apportant la preuve. En conséquence, une preuve peut être recueillie déloyalement dès lors qu'elle est nécessaire pour les besoins de la défense. Il est plus juste de soumettre l'admission d'une preuve déloyale à cette condition : la preuve doit s'inscrire dans un but bien précis afin d'éviter les abus et toute atteinte aux droits d'autrui. En conséquence, il peut être possible de poursuivre un individu qui commet une infraction en ne respectant pas cette condition. Il s'agit pour l'instant de l'unique possibilité de poursuites pénales. Mais surtout, la nécessité des droits de la défense se retrouve énormément dans la jurisprudence relative aux vols commis par des salariés dans le cadre d'un licenciement[195].
Avec la nécessité de satisfaire les besoins de la défense, la preuve déloyale s'inscrit dans une nouvelle dimension.

54. Une nouvelle dimension attachée aux preuves déloyales. De nouveau, la chambre criminelle[196] ne s'intéresse pas de savoir si le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée était caractérisé ou non[197] : elle admet directement la justification relative à la nécessité des droits de la défense. Encore que, contrairement à l'affaire de 2017[198], on ne peut parler de fait justificatif dans la mesure où celui-ci est en principe toujours recherché une fois que l'infraction est constituée dans tous ses éléments, ce qui n'est pas le cas en l'espèce[199]. Ainsi, le respect des droits de la défense s'inscrit dans une dimension autre que les causes objectives et subjectives d'irresponsabilité.
D'ailleurs, derrière ces besoins de la défense, la loyauté de la preuve pénale apparaît en filigrane.

[195] V. *infra* n°101 et s.
[196] Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n°27
[197] V. *supra* n°28 et n°33
[198] CA Bordeaux, 21 sept. 2017, n°16/00204, *Droit pénal des affaires*, 26 sept. 2017, note D. Goetz
[199] V. notamment *supra* n°35

2. La loyauté de la preuve pénale, un principe émergent à l'égard des personnes privées ?

55. Une volonté cachée de faire respecter le principe de loyauté de la preuve pénale. Selon le Conseil constitutionnel, les droits de la défense sont constitutionnellement protégés par l'article 16 de la DDHC[200] ; et selon la CEDH, les droits de la défense sont conventionnellement garantis par l'article 6 de la CESDH[201] et dont découle la loyauté de la preuve pénale[202]. Par un syllogisme tout à fait simpliste, la loyauté de la preuve pénale est une notion se dissimulant derrière celle de droits de la défense. Ainsi, lorsque la jurisprudence considère que la preuve déloyale doit être justifiée par les besoins de la défense de la personne rapportant cette preuve, indirectement, la loyauté plane au-dessus de la décision des juges. Autrement dit, la loyauté de la preuve sera exigée dès lors que la preuve n'est pas nécessaire à la défense de l'individu. La condition des besoins de la défense sert à remettre au goût du jour la loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées, qui y sont pourtant classiquement exclues. En adoptant une telle position, il est logique qu'il ne puisse y avoir violation des articles 427 du Code de procédure pénale et 6 CESDH, notamment, contrairement à ce que la requérante soutenait[203].

56. La soumission de la preuve déloyale à une condition, une solution plus concevable. En accord avec ce qu'écrit le Professeur Conte, *« les solutions sont moins choquantes, car plus conformes à nos valeurs républicaines »*[204]. La même terminologie a été reprise par le Professeur Bonfils, qui avait estimé que la protection par le droit du particulier ayant recueilli une preuve par la commission d'une infraction était une solution choquante[205]. La Cour de cassation a ainsi entendu la doctrine et redonne une certaine légitimité à la loyauté de la preuve pénale ; elle pose un cadre plus raisonnable à la recevabilité des preuves déloyales. En effet, les valeurs républicaines françaises imposent de ne pas admettre toute sorte de preuve inimaginable ; le respect des droits de la défense est imposé aussi bien par le bloc de constitutionnalité, à travers l'article 16 de la DDHC, que par la Convention européenne. Reconnus par les plus hautes instances, les droits de la défense font indéniablement partie de

[200] Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, *D.* 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinot ; *AJ Pénal* 2011. 471, obs. J.-B. Perrier ; *Constitutions* 2011. 525, obs. E. Daoud et A. Talbot ; *RSC* 2011. 415, obs. J. Danet
[201] V. notamment CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen ; CEDH, 7 avr. 2011, Stojkovic c/ France et Belgique, Req. n° 25303/08
[202] V notamment CEDH 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/ Portugal, Req. n°25829/94, Rec. 1998-IV ; *JCP* 1999. I. 105, n° 38, obs. F. Sudre ; *RSC* 1999. 401, obs. R. Koering-Joulin
[203] Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n°27
[204] Ph. 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 ? », *Droit pénal*, 2009, n°4, étude 8
[205] Ph. Bonfils, « Partie civile », *Rép. pén.*, avril 2011

nos valeurs républicaines et de tout État de droit. Il est donc sensé qu'un but louable, en l'occurrence la défense d'un individu, vienne neutraliser la déloyauté d'une preuve ; en dehors des nécessités de la défense, il n'est pas nécessairement motivé, ni justifié, qu'une preuve déloyale soit tolérée.

57. Le principe de loyauté de la preuve pénale émerge doucement derrière le concept des droits et besoins de la défense. Cependant, bien que légitime, cette atténuation de la reconnaissance intégrale des preuves déloyales ne semble pas encore entièrement pérenne : la déloyauté de la preuve pénale est toujours admise.

B. Le manque de persévérance de la jurisprudence dans le maintien de solutions favorables au principe de loyauté de la preuve pénale

58. Une atténuation jurisprudentielle non-pérenne. La neutralisation du caractère déloyal d'une preuve par les besoins de la défense ne semble cependant pas pérenne. Immédiatement après l'arrêt du 31 janvier 2007 commenté ci-dessus, la chambre criminelle a fait fi de cette jurisprudence pour admettre en toute simplicité la preuve déloyale recueilli par un particulier[206]. En l'espèce, en litige avec son employeur en raison de son licenciement, un salarié avait décidé, afin de se venger, de dénoncer ce premier auprès des gendarmes pour avoir réalisé des travaux de rénovation sur sa résidence principale alors même qu'ils étaient payés par la société. Une enquête a été diligentée et l'employeur a été poursuivi et condamné du chef d'abus de biens sociaux. Ce dernier a plaidé en retenant que les documents l'incriminant résultaient d'un vol puisqu'il se les est appropriés sans le consentement du propriétaire, à savoir le représentant de la société. Les juges du fond[207] ne suivent pas l'argumentation du requérant : ils estiment que d'une part, le salarié faisait encore partie de la société lorsqu'il a eu connaissance des documents et que, d'autre part, la soustraction frauduleuse n'était pas démontrée. Il n'y avait donc méconnaissance ni du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 CESDH, ni du droit au respect d'un procès équitable au sens de l'article 6 CESDH ni enfin du principe de loyauté de la preuve pénale. La chambre criminelle retient, classiquement, que le vol ne constitue pas un motif de rejet de la preuve pénale. Nous constatons que la Cour de cassation n'a pas

[206] Cass. crim. 27 janv. 2010, *Bull. crim.* n°16 ; *Dalloz actualité*, 17 mars 2010, obs. C. Gayet ; *D.* 2010. 656 ; *AJ pénal* 2010. 280, étude J. Lasserre Capdeville ; *Rev. sociétés* 2010. 241, note B. Bouloc ; *RTD com.* 2010. 617, obs. B. Bouloc
[207] CA Chambéry, 23 avr. 2009

poursuivi le mouvement amorcé en 2007 ; la doctrine remarque aussi cet infléchissement[208]. Mais est-ce réellement regrettable ? La condition des besoins de la défense poursuit un but noble et elle devrait s'appliquer autant que possible. Toutefois, en l'espèce, rejeter les documents en cause parce que déloyaux et non-nécessaires à l'exercice des droits de la défense du salarié aurait sûrement rendu toute l'enquête diligentée sur son fondement censurée. De fait, à l'image de la jurisprudence du 31 janvier 2012, la révélation des documents litigieux déloyaux était l'unique moyen de faire cesser l'infraction. La Cour de cassation ne reprend pas sa solution précédente, non pas de bon droit, mais par pure opportunité. En effet, elle fait preuve d'arbitraire en soumettant certaines espèces au respect des droits de la défense tout en excluant d'autres. Bien qu'il soit légitime de condamner l'auteur d'une infraction, la cohérence peine à être trouvée : l'arrêt du 31 janvier 2007 reste isolé.

59. En conclusion, l'incertitude entoure la possibilité de poursuivre le particulier qui ne rapporte pas une preuve loyale nécessaire aux besoins de sa défense. C'est pourquoi il faut garder à l'esprit que le principe de loyauté ne se voit pas appliquer, de manière explicite, aux personnes privées. Il ne s'agit pas dans ce cadre d'un véritable principe puisqu'il est dépourvu de tout effet à leur égard. De plus, par l'admission de toute preuve déloyale, le rôle des juges répressifs semble marginal : la preuve déloyale est admise en toute circonstance. Mais les autres chambres de la Cour de cassation pourraient bien faire changer de position le juge pénal.

[208] V. Vigneau, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2011, p.618

CHAPITRE 2 : L'affaiblissement relatif du rôle du juge pénal dans l'admission des preuves déloyales

60. L'application du principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées dépend, au moins en partie, au rôle du juge pénal dans l'admission des preuves pénales. Or, son rôle est affaibli en raison de la substitution du débat contradictoire au critère de loyauté de la preuve pénale (Section 1). Pourtant, cet affaiblissement est relatif puisque le juge répressif a encore vocation à éclaircir sa position au regard des autres chambres de la Cour de cassation. En effet, sous l'impulsion d'un juge pénal souhaitant aligner sa jurisprudence sur celle des autres chambres, le principe de loyauté de la preuve pénale peut être introduit à l'égard des personnes privées par ce biais (Section 2).

Section 1 : La condition de loyauté de la preuve pénale éclipsée par le principe du contradictoire

61. Les arrêts[209] de la chambre criminelle suivent tous le même modèle de motivation : d'abord l'admission de la preuve pénale, qu'elle soit déloyale ou illicite, dépend de la possibilité pour les parties d'avoir pu discuter contradictoirement autour de cette preuve (§I) ; puis, la motivation continue en rappelant la liberté d'appréciation des preuves par les juges (§II). Cette motivation des décisions jurisprudentielles démontre encore une fois l'inexistence du principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des particuliers.

§I. L'admission critiquée de la preuve pénale déloyale soumise à la discussion contradictoire

62. En matière probatoire, plusieurs principes s'articulent entre eux. À l'égard des personnes privées, les principes de liberté et du contradictoire supplantent le principe de loyauté de la preuve pénale (A) avant de se voir eux-mêmes conditionnés au respect d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité (B).

[209] V. notamment cass. crim. 23 juillet 1992, *Bull. crim.* n°274 ; Cass. crim., 6 avr. 1994, *Bull. crim.* n°136 ; Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n°131 ; *D.* 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p.879, obs. Renucci ; Cass. crim., 30 mars 1999, *Bull. crim.* n°59 ; *Procédures* 1999, comm. n° 215, obs. J. Buisson ; *D.* 2000, p. 391, note Garé ; Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim*. n°131 ; *D.* 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p.879, obs. Renucci ; Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n°27 ; Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim*. n°27 ; D. 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot

A. L'exclusion de la loyauté par une application en demi-teinte du principe de liberté de la preuve pénale

63. La loi ne prévoit aucune hypothèse dans laquelle une preuve déloyale est interdite en justice lorsqu'elle est rapportée par les personnes privées (1) ; toutefois, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas des exigences à satisfaire pour la prise en compte effective d'une preuve pénale déloyale par le juge répressif (2). Ces exigences ne permettent pas la soumission des personnes privées au principe de loyauté de la preuve pénale.

1. L'absence d'appropriation légale du principe de loyauté de la preuve pénale

64. La primauté du principe de liberté de la preuve. La chambre criminelle de la Cour de cassation a, depuis quelques dizaines d'années, posé le principe selon lequel *« aucun texte de procédure n'interdit la production par le plaignant, à l'appui de sa plainte, de pièces de nature à constituer des charges contre les personnes visées dans celle-ci »*[210]. Si la formulation originelle excluait toute référence à la déloyauté ou l'illicéité de la preuve pénale, son attendu de principe, encore retenu aujourd'hui, impose 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 »*[211] ; cette solution est devenue immuable. Et pour cause, il s'agit d'une application directe de l'alinéa 1er de l'article 427 du Code de procédure pénale[212] qui proclame le principe de liberté des preuves, désormais absolu[213]. Une personne privée peut ainsi rapporter une preuve par tout moyen sous réserve que la loi n'interdit pas ce mode de preuve. Pour autant, la liberté de la preuve ne permet pas *« de rapporter la preuve de n'importe quelle manière, mais bien de donner une marge de manœuvre suffisante aux personnes chargées de rapporter cette preuve »*[214]. C'est ainsi que la recevabilité des preuves déloyales est une marge de manœuvre des personnes privées dans leur possibilité de

---

[210] Cass. crim. 23 juillet 1992, *Bull. crim.* n°274

[211] V. notamment cass. crim., 6 avr. 1993, arrêt Turquin, pourvoi n°93-80.184 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat ; J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts de la procédure pénale, 4e éd. Dalloz, 2003, n°16, p.189 ; Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n°210 ; *D.* 1994 jurisp. p.613 C. Mascala ; Cass. crim., 6 avr. 1994, *Bull. crim.* n°136 ; Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n°131 ; *D.* 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p.879, obs. Renucci

[212] Art. 427 alinéa 1er du c. pro. pén. : *« 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 ».*

[213] R. Finielz, « Loyauté des preuves », *RSC*, 2007, p.838

[214] H. Pelletier, « Tribunal correctionnel. – Administration de la preuve. – Principes généraux. – Modes de preuves : Aveux. Procès-verbaux et rapports. Preuve par écrit. Expertises. Transports », *J.-Cl. Procédure pénale*, 10 mars 2015, fasc. n°20, n°2

démontrer un fait. La primauté du principe de liberté de la preuve est logique puisqu'il s'agit d'un principe légal, contrairement au principe de loyauté. Puisque la preuve est libre, le juge répressif se voit dans l'obligation d'accepter toute preuve pénale.

65. L'amoindrissement du rôle du juge. En refusant toute reconnaissance de la condition de loyauté d'une preuve pénale rapportée par une personne privée, la Cour de cassation porte atteinte de manière indirecte à la liberté d'appréciation des juges du fond en matière de validité des preuves. En effet, le principe de liberté de la preuve pénale restreint les possibilités dans lesquelles les juges peuvent apprécier la validité d'une preuve puisqu'il prive les juges de la liberté de refuser une preuve pour défaut de loyauté. Dans la mesure où toute preuve recueillie par une personne privée est admissible en justice, les juges n'ont pas d'autre choix que d'accepter cette preuve.
Cependant, bien que le principe de liberté des preuves s'applique, cette liberté est compensée par le respect du principe du contradictoire.

2. Le principe du contradictoire, exception ou substitut du principe de loyauté de la preuve pénale ?

66. Le principe du contradictoire, relai des principes de liberté et de loyauté des preuves. Le principe du contradictoire exige que tous les éléments de droit, de fait et de preuve soient discutés durant le procès pénal par les parties devant la juridiction de jugement[215]. L'exigence de la discussion contradictoire d'une preuve est non seulement rappelée par les juges internes[216] et européens[217] mais surtout par l'article préliminaire du Code de procédure pénale[218] et l'alinéa 2 de l'article 427 du même code[219]. De la sorte, la chambre criminelle applique de manière pleine et entière les principes légaux de liberté et du contradictoire en matière probatoire. C'est

[215] J.-L. Gallet, « Tribunal correctionnel. – Discussion par les parties », *J.-Cl. Procédure pénale*, 26 avril 2011, fasc. n°20, n°1
[216] V. notamment cass. crim., 30 mars 1999, *Bull. crim.* n°59 ; *Procédures* 1999, comm. n° 215, obs. J. Buisson ; *D.* 2000, p. 391, note Garé ; Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim*. n°131 ; *D.* 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p.879, obs. Renucci ; Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim*. n°27 ; D. 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot ; Cass. crim., 27 nov. 2013, *Bull. crim*. n°238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, A.-S. Chavent-Leclère ; *Droit pénal* 2014, comm. 29, obs. A. Maron et M. Haas ; *JCP G* 2014, 139, S. Detraz
[217] CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen
[218] Art. préliminaire, I, alinéa 1er, du c. pro. pén. : *« La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ».*
[219] Art. 427 alinéa 2 du c. pro. pén. : *« Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ».*

donc l'application de cet article qui permet d'exclure toute soumission au principe de loyauté de la preuve pénale des personnes privées. Toutefois, et c'est ainsi que cela se présente, la preuve déloyale rapportée librement sera admise si elle respecte l'exigence du contradictoire. Le rôle du juge est encore très limité : son pouvoir d'appréciation de la preuve déloyale se cantonne à l'écoute des discussions contradictoires relative à cette preuve, sans la refuser.

67. Un simple rappel du contradictoire à l'égard des preuves déloyales. Il n'est pas certain que le principe selon lequel une preuve doit être discutée contradictoirement par les parties tempère véritablement la condition de loyauté des preuves pénales. En effet, il a pu être souligné l'inutilité de la mention relative à l'exigence du contradictoire puisque, d'une part, il s'agit d'une application pure et simple du Code de procédure pénale et d'autre part, *« la discussion contradictoire n'est nullement spécifique aux preuves obtenues illicitement ou déloyalement et n'est donc pas susceptible de justifier une dérogation au principe de loyauté »*[220]. La critique doit être approuvée, mais aussi complétée. Si le principe du contradictoire ne constitue pas une justification à la dérogation du principe de loyauté, c'est aussi parce que ce principe ne s'applique pas aux personnes privées. Ainsi, en l'absence de principe, il ne peut exister de dérogation.

68. L'insuffisance du contradictoire dans la recevabilité de la preuve déloyale. Il découle de ce raisonnement que le principe du contradictoire peut être un outil permettant de justifier la recevabilité de la preuve. C'est parce que la preuve est soumise au débat contradictoire qu'elle est recevable, selon la chambre criminelle. Toutefois, il convient de remettre en cause a minima le critère du contradictoire dans la mesure où il ne permet pas de *« purger »*[221] la preuve de son caractère déloyal ; le défaut de loyauté de la preuve existe, et cela, même si le principe du contradictoire est respecté. Or, lorsque l'on s'interroge sur la déloyauté d'une preuve, on ne se pose pas la question de sa discussion contradictoire devant les juges du fond, mais davantage sur sa recevabilité. En effet, une preuve doit d'abord être recevable avant d'être discutée contradictoirement[222]. La doctrine parle même d'une *« inversion chronologique entre la*

[220] L. Ascensi, « Retour sur le principe de la loyauté de la preuve », *AJ Pénal*, 2012, p.346

[221] Ph. 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 ? », *Droit pénal*, 2009, n°4, étude 8

[222] V. notamment J. Larguier et Ph. Conte, *Procédure pénale*, Dalloz, Mémento, 24ème éd. 2016, p.410 ; J. Lasserre Capdeville, « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ Pénal*, 2010, p.280 ; J. Danet, « Principe de loyauté des preuves et sonorisation de cellules de garde à vue », *RSC*, 2014, p.130 ; J. Pradel, « La sonorisation d'un local de garde à vue est-elle licite ? », *D.*, 2015, p.711

question de la recevabilité de la preuve et celle de son régime juridique »[223]. Une hiérarchie s'établit alors, en dehors de toute prise en compte du principe de loyauté de la preuve pénale. Le contradictoire prime sur la recevabilité d'une preuve déloyale. Au moins, pour compenser efficacement l'absence de loyauté de la preuve pénale d'une personne privée, les juges tentent de reprendre un rôle minimal en réinsérant une certaine logique dans l'admission de la preuve déloyale. Effectivement, en prenant en compte l'exercice des droits de la défense, la chambre criminelle de la Cour de cassation[224] s'intéresse enfin à la recevabilité d'une preuve pénale déloyale rapportée par les particuliers[225].

69. La recevabilité de la preuve pénale déloyale est ainsi un sujet fondamental. Toutefois, il semble que le principe selon lequel une preuve pénale déloyale doit être contradictoirement débattue devant les juges est atténué en raison de la nécessité et de la proportionnalité à la défense de l'ordre et la protection des droits de la partie civile. À travers ce contrôle opéré par la Cour de cassation, le principe de loyauté de la preuve pénale émerge une nouvelle fois à l'égard des particuliers.

B. Le retour fragile de la loyauté de la preuve pénale à travers la défense de l'ordre et la protection des droits de la partie civile

70. Le principe de loyauté de la preuve pénale est éclipsé par le principe du contradictoire ; toutefois, ce dernier a lui-même une limite tenant au contrôle de nécessité et de proportionnalité de la preuve pénale déloyale à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile au sens de l'article 8 de la CEDH (1). Or, ce contrôle est en réalité un contrôle général appliqué en matière de loyauté de la preuve pénale (2).

1. L'apparition d'une limite au principe du contradictoire des preuves déloyales

71. La censure de la solution traditionnelle de l'admission d'une preuve déloyale. Dans un arrêt du 24 avril 2007[226], une limite est opposée au respect du principe du contradictoire et donc à l'admission d'une preuve déloyale. En l'espèce, un médecin psychiatre, poursuivi du chef

[223] L. Ascensi, « Retour sur le principe de la loyauté de la preuve », *AJ Pénal*, 2012, p.346
[224] Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n°27
[225] V. *supra* n° 53
[226] Cass. crim., 24 avr. 2007, *Bull. crim*. n°108 ; *AJ pénal* 2007. 331, obs. C. Saas ; *RSC* 2007. 815, obs. Y. Mayaud ; *ibid*. 838, obs. R. Finielz ; *ibid*. 895, obs. J.-F. Renucci

d'agression sexuelle sur un mineur de 15 ans, avait produit comme pièce soutenant sa défense des documents portant sur le dossier médical et psychologique du mineur et donc qui étaient couverts par le secret professionnel. Un tel dossier, produit dans le cadre d'un procès pénal, constitue nécessairement une preuve déloyale en ce qu'elle viole le secret professionnel, obligation imposée à toute personne du corps médical, mais aussi parce qu'un patient ne peut s'attendre à voir ses informations personnelles dévoilées au public. D'ailleurs, les représentants légaux du mineur, devenu majeur protégé depuis les faits, avaient eux-mêmes considéré que la preuve violait le secret professionnel au sens de l'article 226-13 du Code pénal et que dès lors, les juges ne pouvaient se fonder dessus pour rendre leur décision. À une argumentation classique, une réponse classique : les juges du fond rappellent le principe selon lequel aucune disposition ne leur permet d'écarter une preuve déloyale ou illégale et que celle-ci doit simplement être soumise à l'exigence du contradictoire.

De manière surprenante, la chambre criminelle reproche aux juges du fond un certain laxisme : ils n'ont pas recherché *« si l'examen public et contradictoire devant la juridiction correctionnelle [des documents litigieux] constituait une mesure nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile au sens de l'article 8 de la CEDH »*[227]. Elle apporte donc une limite au principe du contradictoire en posant un cadre à la recevabilité d'une preuve déloyale. En effet, la preuve déloyale sera recevable lorsque le débat public et contradictoire respecte le droit à la vie privée et familiale des parties en cause. De manière indirecte donc, le principe de loyauté de la preuve pénale exige que celle-ci observe les droits de la partie civile.

72. La déloyauté de la preuve pénale, frein aux ingérences de l'autorité publique. Ainsi, lorsqu'il y a eu ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, les juges retrouvent la possibilité de refuser la preuve découlant de la violation du secret professionnel. Or, comme l'explique la doctrine[228], l'ingérence prévue par l'article 8 de la CESDH est celle réalisée par l'autorité publique et non une personne privée : on reproche aux juges du fond d'avoir accepté une preuve déloyale portant atteinte à la vie privée d'un individu parce que portée à la connaissance de l'autorité publique. D'ailleurs, la chambre criminelle complète aussi son visa par l'article L.1110-3 du code de la santé publique protégeant les informations personnelles d'une personne prise en charge par un professionnel de santé grâce au secret médical. Étonnamment, aucun de ces deux articles n'étaient visés par les moyens au

[227] *Ibid*.
[228] C. Saas, « Vers une reconnaissance de la loyauté dans la discussion de la preuve ? », *AJ Pénal*, 2007, p.331

pourvoi. Toutefois, il peut être regrettable que la chambre criminelle ne statue pas sur le fondement de la loyauté de la preuve pénale : elle a manqué l'opportunité d'affirmer que la violation de droits et libertés fondamentaux prévus par la CESDH constitue un manquement au principe de loyauté de la preuve. C'est au contraire par l'exigence des débats contradictoirement discutés devant les juges que la Cour de cassation surmonte la difficulté tenant à la déloyauté de la preuve pénale.

Ainsi, il n'était ni nécessaire, ni proportionnée dans une société démocratique que les juges acceptent une preuve pénale découlant de la violation du secret médical. Le contrôle de nécessité et de proportionnalité n'est pourtant pas propre au principe du contradictoire.

2. L'application ciblée d'un contrôle général de nécessité et de proportionnalité à la déloyauté de la preuve pénale

73. La loyauté occultée par le contrôle de nécessité et de proportionnalité. Il s'agit d'un retour fragile du principe de loyauté : le contrôle de nécessité et de proportionnalité n'est pas propre au domaine de la preuve pénale déloyale[229], même si on le retrouve en la matière. En effet, la Cour de cassation *« écarte […] ponctuellement, dans certains cas d'espèce, une norme pénale dont l'application aurait des conséquences contraires à un principe issu de la Convention européenne des droits de l'homme »*[230]. Cependant, dans notre cas d'espèce, il ne s'agissait pas de l'application d'une disposition pénale mais de l'utilisation d'une preuve déloyale et illégale, qui était susceptible d'avoir des conséquences contraires à la CESDH. Pourtant, la Cour de cassation[231] ne vise que les articles 593 du Code de procédure pénale, l'article 8 de la CESDH et L.1110-4 du code de la santé publique ; elle ne vise pas l'article 427 du Code de procédure pénale protégeant le principe de liberté de la preuve pénale. Au lieu de cela, elle préfère considérer que seul l'examen public et contradictoire est soumis au contrôle de nécessité et de proportionnalité à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile au sens de la convention européenne. Or, il aurait été judicieux qu'elle le fasse afin d'affirmer avec vigueur la possibilité pour le principe de liberté de la preuve pénale de faire

[229] V. par exemple pour un vol de documents devant être nécessaire à la défense du salarié dans un litige prud'homal : Cass. crim., 21 juin 2011, *Bull. crim.* n° 149 ; *AJ pénal* 2011. 466 ; *D.* 2011. 1900 ; *ibid*. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *RSC* 2011. 853, obs. A. Cerf-Hollender ; *Droit pénal* 2011. Com. 121, note M. Véron ; *Gaz. Pal.,* 9-10 nov. 2011, n° 313 à 314 ; *RPDP* 2012. 146. 414

[230] M. Bouchet, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC*, 2017, p.495

[231] Cass. crim., 24 avr. 2007, *Bull. crim*. n°108 ; *AJ pénal* 2007. 331, obs. C. Saas ; *RSC* 2007. 815, obs. Y. Mayaud ; *ibid*. 838, obs. R. Finielz ; *ibid*. 895, obs. J.-F. Renucci

l'objet d'un contrôle de proportionnalité et de nécessité. Cela aurait permis une certaine cohérence au regard de la définition de ce contrôle et aurait été intéressant d'introduire une certaine légitimité au principe de loyauté de la preuve pénale en tant que limite à ce principe de liberté des preuves.

74. Les juges répressifs ont ainsi un rôle cantonné à l'admission des preuves déloyales devant être soumises au débat contradictoire. Aucun de leur pouvoir ne peut être tiré du principe de loyauté de la preuve pénale puisqu'il n'est pas applicable, même si un contrôle de nécessité et de proportionnalité peut être relevé comme un nouveau concept pouvant fonder l'introduction du principe à l'égard des personnes privées. Alors même qu'il n'est pas certain qu'une preuve déloyale soit réellement recevable, bien qu'admise par la Cour de cassation, cette dernière se réfère à la liberté d'appréciation des juges du fond pour connaître la valeur réelle de la preuve déloyale.

§II. L'affirmation ordinaire du principe de liberté d'appréciation des preuves des juges du fond

75. Les juges du fond bénéficient, heureusement, de leur liberté d'appréciation des preuves qui sont apportées au cours des débats. Mais cette fois, c'est à travers la valeur de la preuve elle-même que nous constaterons que le principe de loyauté de la preuve pénale n'est pas prépondérant dans l'acceptation d'une preuve déloyale. En effet, les preuves déloyales sont acceptées en justice indépendamment de leur caractère déloyal (A) et quasiment au même titre que les preuves loyales (B). Toutefois, un bémol dans l'admission de la déloyauté peut amener le principe de loyauté à s'appliquer de manière indirecte.

A. La valeur probante des preuves indépendante de leur caractère loyal

76. Il est certain que toute preuve apportée au cours des débats par les parties en procès est librement appréciée par les juges du fond (1) ; en cela, le principe de liberté d'appréciation de la preuve pénale par les juges du fond prime sur celui de loyauté de la preuve pénale. Toutefois, le caractère déloyal d'une des preuves peut constituer une petite limite à cette liberté (2).

1. Le débordement du principe de liberté d'appréciation des preuves par les juges du fond sur la condition de loyauté de la preuve pénale

77. L'impuissance du principe de loyauté de la preuve pénale face à la liberté d'appréciation des juges du fond. Il n'appartient aux juges du fond que d'apprécier la valeur probante des preuves déloyales[232] en vertu de l'article 427 du Code de procédure pénale. Le principe de la liberté d'appréciation des juges signifie ainsi que ceux-ci décident, une fois que la discussion des preuves terminée, de la culpabilité ou non du prévenu ou de l'accusé[233]. En application des principes de liberté des preuves et de liberté d'appréciation des preuves, les juges du fond sont amenés à apprécier les preuves aussi bien loyales que déloyales. De plus, et comme le remarque la doctrine[234] – à travers un raisonnement qui concerne l'opération de testing qui peut être étendu à toute preuve déloyale – celle-ci peut emporter la conviction des juges mais ne correspond pas nécessairement à la preuve à partir de laquelle une condamnation sera prononcée. La preuve n'échappe donc pas à l'appréciation du juge, qui prend en considération la preuve au même titre qu'une autre. De fait, la valeur probante de la preuve déloyale n'est aucunement affectée par son caractère déloyal. Le principe de loyauté de la preuve pénale n'a donc réellement aucune conséquence à l'égard des personnes privées en réduisant cette liberté d'appréciation. Toutefois, d'autres critères entrent en ligne de compte dans l'amoindrissement de l'importance de leur rôle.

2. La déloyauté d'une preuve pénale, limite minime à la liberté d'appréciation de la preuve par les juges

78. L'existence d'autres preuves pénales et jurisprudence européenne. La liberté d'appréciation d'une preuve déloyale des juges du fond est triplement limitée. D'abord, elle ne porte pas sur la possibilité pour eux de refuser une preuve au cours des débats : le caractère illicite ou déloyal d'une preuve n'est pas un motif propre pour l'écarter des débats ; cela rejoint

---

[232] V. notamment Cass. crim., 23 juil. 1992, *Bull. crim.* n°274 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron ; Cass. crim., 6 avr. 1994, *Bull. crim.* n°136 ; Cass. crim., 23 juin 1999, pourvoi n°98-84.701 ; Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n°131 ; *D*. 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p.879, obs. Renucci ; Cass. crim. 4 févr. 2015, *Bull. crim.* n°26 ; *Dalloz actualité*, 25 févr. 2015, obs. C. Fonteix ; *AJ Pénal*, 2015, p.139, obs. J. Lasserre Capdeville

[233] H. Pelletier, « Tribunal correctionnel. – Administration de la preuve. – Principes généraux. – Modes de preuves : Aveux. Procès-verbaux et rapports. Preuve par écrit. Expertises. Transports », *J.-Cl. Procédure pénale*, 10 mars 2015, fasc. n°20, n°79

[234] *V. notamment* J. Lasserre Capdeville, « L'article 225-3-1 du code pénal, régissant le testing, est conforme aux droits de la défense et au droit à un procès équitable », *AJ Pénal*, 2015, p.139 ; S. Detraz, « Constitutionnalité des tests de discrimination », *JCP G*, 2015, n°15, note 440

la partie précédente[235]. Ensuite, les juges ne peuvent prendre en compte une preuve déloyale dès lors qu'elle n'est pas soumise au principe du contradictoire[236]. Cependant, la CEDH est venue poser une autre condition restreignant la liberté d'appréciation des juges du fond d'une preuve déloyale.

La liberté d'appréciation des preuves par les juges du fond, leur intime conviction, est aussi limitée par l'exigence de l'existence d'autres preuves corroborant celle déloyale. Dans l'arrêt Schenk du 12 juillet 1988, sur le fondement du droit à un procès équitable, la CEDH rappelle son attachement *« à la circonstance que l'enregistrement téléphonique n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation »*[237] : les juges doivent donc prendre en compte un ensemble de preuves, dont celle déloyale, pour se former une opinion. Ainsi, même si une preuve déloyale est admise en justice, elle ne peut à elle seule fonder la conviction des juges et in fine, la condamnation d'un individu.

78.1. Liberté d'appréciation limitée. Toutefois, si la preuve déloyale se mélange aux autres preuves, il n'est pas certain que ce ne soit pas celle-ci qui ait été l'élément déterminant dans la conviction du juge. Cette exigence de multiplicité des preuves apportées au cours des débats posées par la jurisprudence européenne tend à éviter des condamnations exclusivement fondées sur des preuves déloyales. Alors certes, la preuve déloyale est admise, mais elle paraît vidée de toute conséquence quant au rôle que doit jouer normalement une preuve, à savoir renseigner le juge de la culpabilité ou non d'un individu. Le juge n'est donc pas à même d'apprécier librement et réellement une preuve déloyale car si celle-ci constitue l'unique preuve du dossier, il semble que la CEDH vienne sanctionner l'État dont les juges fondent leur intime conviction uniquement sur une preuve déloyale. Leur liberté d'appréciation des preuves déloyales est donc loin d'être totale.

79. Le principe de loyauté de la preuve pénale n'agit pas pleinement sur la prise en compte d'une preuve déloyale dans le cadre d'un procès pénal : c'est la jurisprudence européenne qui vient, sans le nommer, lui donner un effet minimal. De plus, lorsque les juges du fond apprécient les preuves qui leurs sont soumises, il est légitime, en raison de la distinction entre loyauté et déloyauté d'une preuve, de se demander le principe de loyauté établit une hiérarchie, au moins implicite, entre ces deux types de preuves.

---

[235] V. *supra* n°65

[236] *Ibid*.

[237] CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen

B. L'absence de hiérarchie explicite entre les preuves loyales et déloyales des personnes privées

80. Le caractère déloyal d'une preuve enlève-t-il de la valeur à celle-ci ? Autrement dit, les preuves déloyales ont-elles moins de valeur que celles loyales ? Pour répondre à ces questions, il faut s'intéresser aux différentes approches de la preuve déloyale par la jurisprudence. Tant celle négative (1) que positive (2) sont insusceptibles de permettre une hiérarchisation explicite, sur le fondement du principe de loyauté de la preuve pénale, des preuves loyales et déloyales.

1. L'exclusion de toute hiérarchie par l'approche négative de la preuve déloyale

81. L'inefficience du principe de loyauté dans l'établissement d'une hiérarchie entre preuves déloyale et loyale. Comme pour l'ensemble de ce qui est applicable en matière de loyauté de la preuve pénale, on se situe dans le cadre de l'apport purement jurisprudentiel : la Cour de cassation[238] a pour habitude de considérer que la preuve recueillie déloyalement par une personne privée ne constitue pas un acte de procédure – nous avons donc une définition négative de la preuve déloyale. La sémantique variant, elle refuse de les qualifier d'actes ou pièces de l'information[239], au sens de l'article 170 du Code de procédure pénale[240], et exige seulement qu'elle soit soumise à la discussion contradictoire des parties. La preuve rapportée par une personne privée n'est donc pas un *« acte soumis à certaines formes […] destiné à entamer, alimenter, suspendre ou arrêter une instance »*[241]. Ainsi, on se situe ici dans un apport purement jurisprudentiel : la loi ne règlemente en aucun cas de quelle catégorie relève la preuve pénale déloyale recueillie par une personne privée. De plus, s'agissant de l'affaire du majordome ayant enregistré son employeur à son insu et ayant découvert l'abus de faiblesse, les juges du fond[242] avaient estimé que la preuve déloyale était recevable pour absence de cause

[238] V. notamment Cass. crim., 28 avr. 1987, *Bull. crim.* n°173 ; Cass. crim., 23 juil. 1992, *Bull. crim.* n°274 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron
[239] V notamment Cass. crim., 6 avr. 1993, arrêt Turquin, pourvoi n°93-80.184 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat ; J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts de la procédure pénale, 4e éd. Dalloz, 2003, n°16, p.189 ; Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim.* n°27 ; *D.* 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot
[240] Art. 170 du c. pro. pén. : *« En toute matière, la chambre de l'instruction peut, au cours de l'information, être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction, par le procureur de la République, par les parties ou par le témoin assisté ».*
[241] S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20ème éd., 2013
[242] CA Bordeaux, ch. ins. 28 juin 2011

de nullité. Au contraire, la chambre criminelle[243] a considéré que l'enregistrement litigieux ne constitue pas un acte ou une pièce de l'information et qu'à ce titre, il n'est pas susceptible d'être annulé. C'est ainsi qu'un auteur se pose une question pertinente[244] : la preuve déloyale ou illégale est-elle recevable pour absence de cause de nullité, comme l'ont remarqué les juges du fond, ou du fait qu'elle ne constitue pas un acte de procédure susceptible d'annulation, comme la chambre criminelle ? La deuxième hypothèse est à privilégier. Concernant des faits d'espèce très proches, la chambre criminelle réitère sa position[245]. De fait, cela signifierait-il qu'une preuve déloyale ou illicite ne peut faire l'objet d'une demande d'annulation par les parties ou le témoin assisté devant la chambre de l'instruction ? Dans tous les cas, la preuve déloyale est soumise au même régime que la preuve loyale[246] ; seulement, elle ne pourra pas faire l'objet d'une annulation pour défaut de loyauté. En conséquence, il n'existe pas de hiérarchie entre les preuves loyales et déloyales lorsqu'elles sont rapportées par un particulier : elles sont prises en compte de la même manière. La liberté des juges du fond n'est donc aucunement touchée par l'existence d'une quelconque hiérarchie entre elles. Le principe de loyauté ne donne pas de valeur supérieure à la preuve loyale par rapport à celle déloyale.

82. La saisie de la preuve déloyale par l'autorité publique indifférente à la qualité de la preuve. La saisie de la preuve déloyale par l'autorité publique permet-elle d'élever cette preuve au rang d'actes ou pièces de la procédure ?[247] Dans l'affaire du 27 novembre 2013[248], des fichiers informatiques dérobés par un particulier à une banque avaient été saisis lors d'une perquisition, dans le cadre d'une autre procédure. Nul doute qu'un procès-verbal de perquisition est un acte de procédure. Pourtant, la chambre criminelle manque de clarté dans son attendu. Ce n'est pas parce que les fichiers ne constituent pas des actes de procédure qu'ils ne sont pas susceptibles d'être annulés : c'est parce qu'ils ont été obtenus déloyalement et initialement par une personne privée. La matérialisation des fichiers par un procès-verbal n'emporte aucune conséquence sur le régime applicable à la preuve déloyale ; dans ces conditions, la déloyauté ne peut être reprochée à l'autorité publique recueillant régulièrement la preuve. Le refus de la

[243] Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim.* n°27 ; *D.* 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot
[244] F. Fourment, « Preuve illicite administrée par un particulier dans le procès pénal », *D.*, 2012, p. 914
[245] Cass. crim., 7 mars 2012, *Bull. crim.* n°64
[246] V. notamment J. Buisson, « Preuve », *Rép. pén*., octobre 2013
[247] V. notamment S. Fucini, « Perquisition : recevabilité de la preuve illicite émanant d'un particulier », *Dalloz actualité*, 16 décembre 2013
[248] Cass. crim., 27 nov. 2013, *Bull. crim.* n°238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, A.-S. Chavent-Leclère ; *Droit pénal* 2014, comm. 29, obs. A. Maron et M. Haas ; *JCP* G 2014, 139, S. Detraz

chambre criminelle de reconnaitre le moyen de preuve comme étant un acte de procédure a été critiquée par la doctrine[249] car c'est bien à la suite de la perquisition que la preuve a été versée au dossier par l'autorité publique et non pas la personne privée elle-même. S'il est clair qu'il est plus difficile de faire annuler une preuve déloyale rapportée par l'autorité publique au regard de cette espèce par rapport à celle recueillie par la personne privée, la saisie par l'autorité publique d'une preuve déloyale n'emporte aucune conséquence sur la définition de celle-ci et ne la place pas hiérarchiquement inférieure à la preuve loyale.
La même constatation peut aussi être faite lorsque l'on prend en considération la preuve déloyale de manière positive.

2. Une hiérarchie non-affirmée entre les preuves loyales et déloyales par l'approche positive de la preuve déloyale

83. De la valeur d'indices de preuve aux moyens de preuve. Si la preuve déloyale n'est pas un acte de la procédure, la Cour de cassation donne aussi une définition positive de cette preuve. Ses éléments de langage ont évolué dans le temps. À la fin des années 1980, la chambre criminelle décrivait les preuves déloyales comme ayant une *« valeur d'indices de preuve »*[250] ; ce qui a été mal accueilli par la doctrine en raison de l'absence de définition et sens juridique conférés à cette notion[251]. Puis, cette expression est devenue *« moyens de preuve »*[252] et

[249] V. notamment S. Fucini, « Perquisition : recevabilité de la preuve illicite émanant d'un particulier », *Dalloz actualité*, 16 décembre 2013 ; J. Buisson, « Preuve », *Rép. pén*., octobre 2013 ; *contra*, S. Detraz, « Recevabilité des moyens de preuve issus d'un vol commis par un particulier sans intervention de l'autorité publique », *JCP G*, 2014, n°5, note 139
[250] V. notamment Cass. crim., 28 avr. 1987, *Bull. crim.* n°173 ; Cass. crim., 11 févr. 1992, *Bull. crim.* n°66 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron ; Cass. crim., 23 juil. 1992, *Bull. crim.* n°274 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron ; Cass. crim., 6 avr. 1993, arrêt Turquin, pourvoi n°93-80.184 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat ; J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts de la procédure pénale, 4e éd. Dalloz, 2003, n°16, p.189
[251] V. notamment C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal*, 2005, p.261 ; A. Maron obs. ss. Cass crim., 23 juil. 1992 et Cass. crim.,11 févr. 1992, *Droit pénal* 1992, comm. n°229 ; M.-L. Rassat note ss. Cass. crim., 6 avr. 1993, *JCP* 1993, I, 22144
[252] V. notamment Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n°210 ; *D.* 1994 jurisp. p.613 C. Mascala ; Cass. crim., 30 mars 1999, *Bull. crim.* n°59 ; *Procédures* 1999, comm. n° 215, obs. J. Buisson ; *D.* 2000, p. 391, note Garé ; Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n°131 ; *D*. 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p.879, obs. Renucci ; Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n°27 ; Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim*. n°27 ; *D.* 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot ; Cass. crim., 7 mars 2012, *Bull. crim.* n°64 ; Cass. crim., 27 nov. 2013, *Bull. crim*. n°238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, A.-S. Chavent-Leclère ; *Droit pénal* 2014, comm. 29, obs. A. Maron et M. Haas ; *JCP* G 2014, 139, S. Detraz ; ainsi que la formulation de la question prioritaire de constitutionnalité elle-même dans Cass. crim., 4 févr. 2015, *Bull. crim.* n°26 ; *Dalloz actualité*, 25 févr. 2015, obs. C. Fonteix ; *AJ Pénal*, 2015, p.139, obs. J. Lasserre Capdeville

« éléments de preuve »[253], parfois même *« éléments à charge »*[254], indifféremment. Bien que la chambre criminelle ne l'affirme expressément, la preuve déloyale a muté, passant de simple indice de preuve à un élément de preuve à part entière. Autrefois alors, la question de la hiérarchie entre preuves déloyales et loyales revêtait une certaine pertinence dans la mesure où la preuve loyale se voyait conférer une valeur plus importante que celle d'un simple indice de preuve. Toutefois, aujourd'hui, sa qualification importe peu puisque, d'une part, la preuve déloyale est un élément ou un moyen de preuve à part entière et, d'autre part, son régime est le même que celui de la preuve loyale. En effet, dans tous les cas, ces deux types de preuves sont soumises au débat contradictoire et à l'appréciation des juges du fond[255]. Cependant, la jurisprudence européenne vient jeter un trouble sur l'absence de hiérarchie entre les preuves loyale et déloyale.

84. Une hiérarchie européenne implicite des preuves loyale et déloyale. Néanmoins, l'ombre du principe de loyauté de la preuve pénale est présente. N'y a-t-il pas une hiérarchie qui s'impose lorsque la CEDH considère que la preuve déloyale doit être corroborée par d'autres preuves dans le cadre d'un litige ?[256] De manière indirecte, à travers l'arrêt Schenk, une hiérarchie entre les preuves déloyales et loyales semble se dessiner. En effet, le fait pour la CEDH d'exiger l'existence d'autres éléments de preuve au cours du litige implique que la preuve déloyale ne peut à elle seule fonder une décision de culpabilité. Les juges internes doivent prendre en compte le caractère déloyal d'une preuve dans leur appréciation de la culpabilité du prévenu ou accusé. Ainsi, la liberté d'appréciation des juges du fond n'est pas totale puisqu'ils ne peuvent apprécier pleinement une preuve déloyale et prononcer une condamnation exclusivement fondée sur celle-ci. La prise en compte d'une preuve déloyale dépend de l'existence de preuves loyales la corroborant ; pourtant, l'inverse n'est pas vrai. La preuve loyale peut à elle seule fonder une condamnation, si elle a suffisamment de poids en ce sens. Il s'agit donc d'un des cas dans lesquels les juges du fond peuvent être amenés à écarter des débats une preuve déloyale et cela semble justifié puisque le contraire pourrait aboutir à un déséquilibre probatoire.

---

[253] V. notamment Cass. crim., 12 sept. 2000, pourvoi n°99-87.251 ; Cass. crim. 27 janv. 2010, *Bull. crim.* n°16 ; *Dalloz actualité*, 17 mars 2010, obs. C. Gayet ; D. 2010. 656 ; *AJ pénal* 2010. 280, étude J. Lasserre Capdeville ; *Rev. sociétés* 2010. 241, note B. Bouloc ; *RTD com*. 2010. 617, obs. B. Bouloc

[254] Cass. crim., 4 févr. 2015, *Bull. crim.* n°26 ; *Dalloz actualité*, 25 févr. 2015, obs. C. Fonteix ; *AJ Pénal*, 2015, p.139, obs. J. Lasserre Capdeville

[255] V. notamment note M.-L. Rassat ss. Cass. crim., 6 avr. 1993, *JCP* 1993, I, 22144

[256] CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen

85. L'affaiblissement du rôle des juges du fond, dans l'admission des preuves déloyales, se manifeste par la possibilité pour les personnes privées d'apporter tout type de preuve en justice et sans que celle-ci soit écartée par les juges. Le principe de loyauté de la preuve pénale est ainsi grandement limité : les juges répressifs ne peuvent simplement pas fonder une condamnation uniquement sur une preuve déloyale. Néanmoins, cette réduction de leur rôle est relative puisqu'ils peuvent tenter d'aligner entièrement leur jurisprudence sur celle des autres chambres de la Cour, même si ce mouvement est déjà amorcé à l'égard des causes d'irresponsabilité des particuliers.

Section 2 : Les jurisprudences divergentes des chambres de la Cour de cassation dans l'application du principe de loyauté des preuves

86. Le principe de loyauté de la preuve ne trouve pas une pleine application à l'égard des preuves pénales mais aucun effet miroir n'existe à l'égard des preuves civiles. Ainsi, au sein même de la Cour de cassation, les chambres ne reconnaissent pas la même importance à ce principe de loyauté (§I). En revanche, une certaine harmonisation, notamment à l'égard des causes d'irresponsabilité, a émergé depuis quelques années (§II). La jurisprudence pénale peut tenter d'aligner sa position sur celle des autres chambres de la Cour de cassation afin de reconnaitre véritablement le rang de principe à la loyauté de la preuve pénale.

§I. La dualité des solutions des chambres de la Cour de cassation face à la loyauté des preuves pénales et civiles

87. Le principe de loyauté de la preuve retrouve sa force à l'égard des preuves autres que pénale (A) : le juge répressif tient donc une position isolée au sein de la Cour de cassation. Toutefois, des justifications peuvent expliquer la divergence des jurisprudences (B).

A. L'acceptation à géométrie variable du principe de loyauté de la preuve

88. L'exclusion de toute déloyauté probatoire est pleinement reconnue par les autres chambres que celle criminelle (1). Il en va de même dans le cadre de procédures à coloration répressive (2). Pourtant, ces constatations n'influent pas sur la jurisprudence pénale. L'inapplication du principe de loyauté de la preuve pénale est ainsi assumée par la chambre criminelle.

1. La contradiction assumée des jurisprudences dans la mise en œuvre du principe de loyauté de la preuve

89. Entière application du principe de loyauté de la preuve autre que pénale. La position du juge pénal est singulière à l'égard des personnes privées : elle n'est pas partagée par les autres chambres de la Cour de cassation. En effet, le principe de loyauté des preuves est appliqué avec vigueur par celles-ci. Toute preuve civile, commerciale ou sociale, c'est-à-dire, respectivement, présentée au cours d'un procès civil, commercial ou prud'homal, doit être loyale. C'est ainsi que la deuxième chambre civile a considéré que *« l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »*[257]. Cette solution est d'ailleurs partagée par la chambre sociale, même si en fonction des espèces qui lui sont soumises, elle considère qu'il peut ne pas y avoir violation du principe de loyauté de la preuve : *« si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal, rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur »*[258]. Les modes de preuves déloyaux sont surtout utilisés dans le cadre des relations de travail.

89.1. Chambre criminelle *versus* les autres chambres. Certains modes de preuve en matière civile sont illicites et ne peuvent être avancés par l'employeur en justice. On recherche encore l'équilibre entre liberté et loyauté de la preuve, notamment en raison du pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur sur ses salariés. S'agissant des systèmes de surveillance, tout employeur peut contrôler et surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail ; pour autant, tout procédé d'enregistrement réalisé à l'insu des salariés constitue un mode de preuve illicite[259]. De plus, tout dispositif prélevant des informations concernant personnellement un salarié doit toujours être porté à sa connaissance[260]. Enfin, l'utilisation du stratagème par

[257] Cass. civ. 2ème, 7 oct. 2004, *Bull. civ.* II, n°447 ; *D.* 2005, p. 122 note Ph. Bonfils ; *AJ pénal* 2005. 30, obs. C. S. Enderlin ; *JCP* 2005. II. 10025 note Léger
[258] Cass. soc., 23 mai 2007, *Bull. civ.* V n°85 ; *D.* 2007. 2284, obs. A. Fabre, note C. Castets-Renard ; *ibid*. 2008. 2820, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur ; *RDT* 2007. 530, obs. R. de Quenaudon
[259] Cass. soc., 20 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n°519 ; *D.* 1992, Jurisp. p. 73, concl. Y. Chauvy
[260] Art. L.1222-4 du code du travail

l'employeur est considérée comme illicite par la jurisprudence[261] puisqu'il monte d'un cran dans sa supercherie. Il existe ainsi deux grandes catégories de preuves déloyales : celles obtenues à l'insu d'une personne et celles constitutives d'un stratagème[262]. La base juridique est donc connue : la preuve déloyale est interdite sur le fondement de l'article 9 du Code de procédure civile. Cependant, les procédés de surveillance résultant de moyens humains internes à l'entreprises sont licites dans la mesure où le salarié peut légitimement s'attendre à faire l'objet d'un contrôle pendant son temps de travail sur son lieu de travail[263]. Rappelons que dans le cadre d'un procès pénal, les enregistrements visuels d'une caméra de surveillance placée par l'employeur dans une bouche d'aération, à l'insu de ses salariés, dans le but de démontrer des infractions de vol ne constitue pas un mode de preuve illicite selon la chambre criminelle[264] : les preuves déloyales sont, au contraire, admises. La différence de position entre chambres civiles et chambre criminelle est flagrante : l'une d'elles devra changer la sienne afin d'harmoniser la jurisprudence entre les chambres. L'exclusion des personnes privées du principe de loyauté de la preuve pénale ne trouve aucune équivalence à l'égard de la preuve civile. Des confusions peuvent ainsi survenir entre ces deux approches : il est certain qu'un justiciable, ne connaissant pas les subtilités du droit, peut vite se tromper et rapporter une preuve en justice qu'il croyait pourtant admissible et la voir ensuite refusée[265].
D'ailleurs, la jurisprudence civile va même plus loin en refusant d'appliquer aux procédures à coloration répressive les solutions retenues en matière répressive.

2. La soumission logique mais contestée des preuves à la condition de loyauté dans le cadre de procédures répressives

90. Exclusion de la loyauté dans des procédures à coloration répressive. Toute preuve non-pénale doit respecter le principe de loyauté : bien qu'une procédure revête un certain caractère répressif, elle reste soumise à ce principe. Dans une espèce, l'enregistrement d'une conversation téléphonique avait été obtenu par la victime de la société contrevenante à son insu. Les premiers juges[266] avait admis la preuve déloyale en raison du caractère répressif de la procédure, devant

[261] V. notamment Cass. soc., 18 mars 2008, pourvois n°06-45.093 et n°06-40.852 ; Cass. soc., 4 juill. 2012, *Bull. civ.* V, n° 208
[262] V. notamment E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, coll. Thémis, 2015, p.376 ; M. Mekki, « Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ? », *D.*, 2016, p.2355
[263] V. notamment Cass. soc., 10 janv. 2012, *Bull. civ.* V, n°2 ; Cass. soc., 5 nov. 2014, *Bull. civ.* V, n°255
[264] Cass. crim. 23 juil. 1992, *Bull. crim.* n°274 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron
[265] V. *infra* n° 105
[266] CA Paris, 19 juin 2007

l'Autorité de la concurrence, et pour cette raison, la preuve devait répondre aux exigences de la procédure pénale. Celle-ci reconnaissant le pouvoir pour une personne privée de rapporter une preuve obtenue déloyalement ou illicitement. Toutefois, la chambre commerciale[267] a censuré la position des juges du fond : *« l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »*[268]. La chambre commerciale ne se fonde que sur l'article 6 CESDH, omettant au passage l'article 9 du Code de procédure civile et le principe de loyauté de la preuve. Suite à la résistance de la cour de renvoi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation reprend, dans son arrêt du 7 janvier 2011[269], la formule de l'arrêt de la chambre commerciale de 2008 et complète en retenant 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 »*[270]. Par-là même, l'Assemblée plénière consacre expressément le principe de loyauté dans l'administration de la preuve civile en visant les articles 9 du Code de procédure civile et 6 de la CESDH. S'il peut être reproché au juge pénal d'appliquer des règles qu'il a élaborées et que sa position est regrettée[271], le juge civil doit pouvoir lui aussi faire un effort de rapprochement des jurisprudences. En effet, alors même qu'il peut être difficilement soutenu que la procédure devant l'Autorité de la concurrence n'est pas répressive, la preuve apportée par un particulier devrait pouvoir a minima être soumise aux règles et principes pénaux ; dès lors, la preuve déloyale pourrait être rapportée. Cependant, cette position n'est pas partagée par l'Assemblée plénière : elle rejette d'un revers de main l'exclusion de l'inapplication du principe de loyauté de la preuve en soumettant la preuve rapportée devant l'Autorité de la concurrence aux règles de procédure civile. D'ailleurs, son avocat général appelait, par la notion d'autonomie procédurale des litiges devant l'Autorité de la concurrence, à l'indépendance des solutions civiles et celles pouvant être appliquées dans ce cadre[272]. Quant au Professeur Mekki, il préfère voir la soumission de la procédure devant cette autorité aux règles applicables en procédure

[267] Cass. com., 3 juin 2008, *Bull. civ.* IV, n°112 ; *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. Bouloc

[268] *Ibid*.

[269] Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, *Bull.* n°1 ; *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

[270] *Ibid*.

[271] M. Malaurie-Vignal, « Écoutes téléphoniques et procédure devant l'Autorité de la concurrence », *JCP G*, 2011, n°3, p.43

[272] V. notamment V. Vigneau, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2011, p.618

pénale[273]. C'est ainsi que sous l'influence de la jurisprudence civile que le juge répressif doit tendre à revoir sa position, s'il souhaite voir appliquer le principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées : cela affirmerait le caractère de principe à la loyauté probatoire.

91. La cohérence de la jurisprudence civile à l'égard du principe de loyauté de la preuve. Ainsi, une cohérence existe dans le cadre de la jurisprudence civile : même si la preuve s'inscrit dans le cadre d'une procédure non-pénale, elle ne relève pas des mêmes principes appliqués dans le cadre de la procédure pénale. L'Assemblée plénière préserve la *« spécificité de la procédure pénale »*[274] et reconnaît la position isolée de la chambre criminelle, qui ne semble pas l'émouvoir[275]. Ce sera alors aux juges du fond répressifs de saisir l'opportunité de changer leur jurisprudence.

92. Les juges répressifs ont un rôle à jouer dans cette harmonisation des jurisprudences, pour redonner pleinement le rang de principe à la loyauté de la preuve pénale. Toutefois, cette divergence est justifiée par la doctrine.

B. Les raisons de l'hétérogénéité des conceptions du principe de loyauté de la preuve

93. Deux raisons justifient les deux positions distinctes. L'inapplication du principe de loyauté de la preuve pénale s'explique aussi par la divergence des fondements juridiques reconnus à la condition de loyauté de la preuve (1) et par la finalité associée à la preuve en cause (2). Ces deux raisons ne permettent pas d'introduire le principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées.

1. Des fondements distincts nécessairement fonction de la matière probatoire

94. La loyauté de la preuve protégée par le droit européen. *« […] dans l'exposé de l'application du principe de loyauté de la preuve, on ne saurait réduire le débat à, d'un côté, l'appréciation laxiste des juges pénaux et de l'autre, l'appréciation rigoriste des juges*

[273] M. Mekki, « Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ? », *D.*, 2016, p.2355
[274] E. Chevrier, « Autorité de la concurrence : loyauté de la preuve », *D.*, 2011, p.562
[275] V. notamment F. Fourment, « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », *D.*, 2011, p.562

civils »[276]. Pourtant, le principe de loyauté de la preuve s'est bel et bien imposé en jurisprudence civile, et de manière générale dans toutes les chambres de la Cour de cassation autres que celle criminelle. Si en 2004[277], la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ne visait que les articles 9 du Code de procédure civile et 6 de la CESDH, la première chambre civile, dans un arrêt de 2017[278], rend sa décision au visa d'abord de l'article 6§1 CESDH, puis de l'article 9 du Code de procédure civile, consacrant le droit à un procès équitable, et enfin du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Elle affirme expressément l'existence d'un principe de loyauté dans l'administration de la preuve. La jurisprudence civile soumet les personnes privées à l'exigence de loyauté de la preuve, en tant que partie intégrante du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne ; tout comme la chambre criminelle…seulement à l'égard de l'autorité publique[279] et non des particuliers. De la même manière, la chambre sociale, pour exiger le respect du principe de loyauté de la preuve, fonde celui-ci sur les mêmes articles précités.

95. La loyauté de la preuve et le système de légalité. En revanche, le rattachement du principe de loyauté de la preuve civile à l'article 9 du Code de procédure civile est décrié par un auteur[280] dans la mesure où cet article ne fait référence qu'à la conformité de la preuve à la loi[281]. En effet, *« il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »*[282] ; or, au regard du livre III du Code civil[283], les modes de preuves et leur force probante ne sont appréhendés qu'en matière d'acquisition de la propriété[284]. Les chambres civiles semblent étendre les conséquences de l'article 9 du Code de procédure civile au principe de loyauté de la preuve.

---

[276] P. Ghaleh-Marzban, « L'appréciation du principe de loyauté de la preuve. L'émergence d'un modèle éthique du procès », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 18

[277] Cass. civ. 2ème, 7 oct. 2004, *Bull. civ.* II, n°447 ; *D.* 2005, p. 122 note Ph. Bonfils ; *AJ pénal* 2005. 30, obs. C. S. Enderlin ; *JCP* 2005. II. 10025 note Léger

[278] Cass. civ. 1ère, 25 janv. 2017, pourvoi n° 15-25.210, publié au Bulletin ; *D.* 2017. 304 ; *Dalloz IP/IT* 2017. 335, obs. A. Lecourt ; *RTD civ*. 2017. 489, obs. N. Cayrol ; *RTD com*. 2017. 92, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p.57, obs. L. Mayer

[279] V. *infra* n°188

[280] J.-M. Bruguière, « Filer ne peut prouver ! La chambre sociale condamne les employeurs Nestor Burma et montre la voie de la preuve loyale », *D.*, 2003, p.1858

[281] V. notamment Ph. Bonfils, « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *D.*, 2005, p.122

[282] Art. 9 du c. pro. civ.

[283] Tel qu'issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

[284] Art. 1353 du c. civ. : *« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »* ; Art. 1358 du c. civ. : *« Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ».*

96. La loyauté rend la preuve moins libre. La chambre criminelle exclut toute loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale : de la sorte, elle ne reconnaît pas la méconnaissance d'un droit au procès équitable de l'individu visé par la preuve déloyale recueillie par une personne privée. Au contraire, les preuves civile, sociale et commerciale sont donc beaucoup moins libres que la preuve pénale, en raison de l'exigence de loyauté. La position de la jurisprudence civile demeure toutefois approuvée en doctrine[285] malgré cet encadrement de la preuve. En conséquence, si les juges du fond répressifs ont un rôle à jouer en matière de principe de loyauté de la preuve pénale, c'est bien en faveur d'un rapprochement de leur jurisprudence à celles des autres chambres de la Cour de cassation.

Or, pouvons-nous considérer nécessaire un alignement de la position du juge pénal par rapport aux autres juges au regard de la finalité des preuves civiles et pénales ?

2. La dépendance de l'application du principe de loyauté à la finalité de de la preuve

97. Les finalités distinctes associées à chaque type de preuve. Au-delà de la distinction fondée sur la nature du contentieux[286], des justifications déjà énoncées[287], et notamment celle tenant à la recherche de la vérité[288], le juge pénal prend en considération la finalité de la preuve pénale pour admettre celles déloyales en justice. Effectivement, selon l'ancien avocat général près la Cour de cassation, M. Finielz, cette finalité consiste dans *« la manifestation de la vérité et [le fait de] permettre à toute partie de faire valoir ses droits, pour la défense soit de son innocence soit de ses intérêts atteints par la violation de la loi pénale »*[289]. Ce raisonnement est repris par un auteur[290], qui tient compte de 'l'attachement' de la chambre criminelle à la manifestation de la vérité, même si cela n'est pas suffisant pour certains avocats[291] (notamment en ce que la vérité est aussi recherchée par l'autorité publique en application de l'article 14 du Code de procédure pénale). En revanche, pour Pierre-Jérôme Delage, il n'est pas suffisant

[285] V. notamment S. Guinchard, « Droit et pratique de la procédure civile », *Dalloz Action*, 2004, n°222, p.51 ; C. S. Enderlin, « Recevabilité d'une preuve illicite ou illégale en matière civile et pénale », *AJ Pénal*, 2005, p.30
[286] F. Fourment, « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », *D.*, 2011, p.562
[287] V. *supra* n°20 et s.
[288] V notamment J.-M. Bruguière, « Filer ne peut prouver ! La chambre sociale condamne les employeurs Nestor Burma et montre la voie de la preuve loyale », D., 2003, p.1858
[289] R. Finielz, « Loyauté et liberté des preuves », *RSC*, 2007, p.331
[290] M. Léna, « Moyens de preuve et enregistrements clandestins d'une personne privée », *Dalloz actualité*, 7 février 2012
[291] V. notamment P.-Ph. Boutron-Marmion et E. Daoud, « La chambre criminelle valide la violation du secret professionnel de l'avocat », *AJ Pénal*, 2012, p.224

d'opposer les finalités des procès pénal et civil ; et même mieux, à l'égard des personnes privées*, « il semble que [leur] soumission […] à l'exigence de loyauté devrait plutôt être la règle »*[292]. Ainsi, il incite vivement le juge pénal à changer sa position. Toutefois, l'Assemblée plénière prend en considération les spécificités de la procédure pénale en ne visant que l'article 9 du Code de procédure civile de manière spécifique afin de cantonner sa solution aux matières civiles[293]. Malgré les positions contradictoires de la doctrine, la solution isolée de la chambre criminelle relative à l'application inexistante du principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des particuliers ne changera donc pas de sitôt.

98. Il est certain que la différence de positions entre les chambres de la Cour de cassation restera telle quelle. Toutefois, des points communs sont à relever, notamment s'agissant des causes d'irresponsabilité pénale permettant dans certains cas l'admission d'une preuve déloyale et la non poursuite de l'infraction commise pour son obtention. Ces autres concepts peuvent tenter d'introduire le principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées.

§II. Les causes d'irresponsabilité au service de l'harmonisation de la jurisprudence

99. La chambre criminelle n'hésite pas à prendre en compte la jurisprudence des autres chambres de la Cour de cassation pour ajuster la sienne : le principe de loyauté des preuves autres que pénales peut déteindre sur la position du juge répressif à l'égard du principe de loyauté de la preuve pénale. Des recoupements sont ainsi à noter tant à l'égard de la nécessité des droits de la défense (A) qu'au regard de l'erreur sur le droit (B).

A. Les poursuites pénales en cas de preuve déloyale non-nécessaire à la défense, solution commune aux chambres de la Cour de cassation

100. À l'origine, la chambre criminelle optait pour une solution totalement différente des chambres civiles : elle approuvait la poursuite des infractions commises dans le but de recueillir une preuve civile déloyale alors même qu'elle ne le permettait pas à l'égard des particuliers ayant recueilli des preuves pénales déloyales (1). Mais, elle a revu sa position (2).

[292] P.-J. Delage, « Retour sur le principe de la loyauté des preuves », *RSC*, 2015, p.117
[293] V. notamment C. Ribeyre, « Quand loyauté rime avec imprévisibilité ! », *JCP G*, 2017, n°52, p. 1376

1. La poursuite d'infractions, corollaire du principe de loyauté de la preuve

101. La constitution de l'infraction de vol dans le recueil d'une preuve sociale déloyale. C'est à travers les relations contractuelles que la jurisprudence démontre une nouvelle fois les divergences entre la chambre criminelle et les autres chambres. La relation contractuelle entre salarié et employeur présente un déséquilibre. En vue de le compenser, la chambre sociale fait preuve d'une forte indulgence à l'égard du salarié : elle affirmait que *« le salarié peut produire en justice pour assurer sa défense, dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions sans par conséquent réserver l'hypothèse d'une soustraction frauduleuse »*[294].

En revanche, la chambre criminelle retenait toujours que le fait pour un salarié de soustraire des documents à son employeur, afin de les produire à l'occasion d'un litige les opposant devant le conseil des prud'hommes, était constitutif d'un vol[295]. Les poursuites à l'encontre du salarié étaient donc possibles. Ainsi, la jurisprudence ne prenait pas en compte le but pour lequel la personne ayant recueilli la preuve illégale et déloyale l'avait effectivement recueillie.

101.1. Distinction entre les matières. À la même époque, la chambre criminelle se refusait tout droit de regard sur la constitution des infractions ayant permis la production d'une preuve déloyale en écartant le principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées[296]. L'exclusion de ce principe à l'égard des particuliers engendrait systématiquement, en cas d'infraction commise par eux pour l'obtention de la preuve pénale, l'exclusion de responsabilité des personnes en cause. Au contraire, la reconnaissance du principe de loyauté de la preuve autre que pénale emportait la responsabilité du particulier dès lors qu'il commettait une infraction pour recueillir la preuve civile.

Cette fois, c'est sous l'angle de la responsabilité que le principe de loyauté de la preuve pénale aurait pu s'appliquer à l'égard des personnes privées. Toutefois, curieusement, la chambre criminelle écartait toute responsabilité en matière pénale mais retenait toute responsabilité pour la commission d'une infraction pour l'obtention d'une preuve autre que pénale, alors même que la jurisprudence était favorable uniquement à l'égard des salariés.

Encore une fois, la chambre criminelle appliquait une solution rigoureuse contraire à celle de la chambre sociale, avant de s'aligner.

---

[294] Cass. soc. 2 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n°535

[295] V. notamment Cass. crim., 24 oct. 1990, *Bull. crim.* n°355

[296] V. *supra* n°33

2. L'émergence d'une condition d'acceptation des preuves déloyales

102. Atténuation des poursuites d'infractions de vol en raison des besoins de la défense. C'est à travers un arrêt de 2004[297] que la chambre criminelle a commencé à assouplir sa position en posant une condition. Les poursuites d'infraction peuvent être ressenties comme un effet minimal du critère de loyauté de la preuve. En l'espèce, une salariée avait volé des documents à son employeur afin de les produire à l'occasion d'un litige les opposant devant le conseil des prud'hommes. La Cour de cassation a validé la recevabilité d'une preuve non-pénale dès lors que les documents sont *« strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la prévenue dans le litige l'opposant à son employeur »*[298]. Selon le Professeur Mayaud, les droits de la défense sont à appréhender en termes d'irresponsabilité pénale[299]. La chambre criminelle, qui relève d'elle-même cette condition, écarte l'infraction de vol dès lors que les documents fournis en justice par le salarié, quand bien même ils ont été acquis sans l'autorisation de l'employeur, sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense. A contrario, cela signifie que si les documents ne sont pas nécessaires à la défense du salarié, celui-ci peut être poursuivi pour vol. Poser les besoins des droits de la défense comme condition à l'irresponsabilité pénale d'une personne, et donc in fine à la recevabilité d'une preuve déloyale et illégale, revient à restreindre les possibilités de poursuites d'une personne auteur d'un vol. En conséquence, l'exigence de loyauté voit nécessairement son champ d'intervention réduit ; la loyauté produit un effet minimal en ce que l'exercice des droits de la défense permet l'acceptation des preuves déloyales. Si elle avait déjà admis cette solution[300], la chambre sociale confirmera cette jurisprudence en conditionnant la recevabilité d'une preuve déloyale à la nécessité des droits de la défense dans son arrêt de 2004[301] – mentionnons à titre secondaire que la preuve doit aussi être portée à la connaissance du salarié dans l'exercice de ses fonctions. Dans tous les cas, il est nécessaire que l'infraction soit simultanée à la cause d'irresponsabilité

[297] Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.* n°113 ; *D.* 2004, p. 2326, note Kobina Gaba ; *JCP* 2004, II, 10124, note C. Girault ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 122, obs. Veron

[298] V. notamment *Ibid*. ; V. aussi Cass. crim., 9 juin 2009, *Bull. crim*. n°118 ; *D*. 2009. 1714, obs. P. Chaumont et E. Degorce ; *D*. 2010. Jur. 306, note H. Kobina Gaba ; *AJ Pénal* 2009. 361 ; *RTD com.* 2009. 814, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2009. 2055, note M. Véron ; Cass. crim., 16 juin 2011, *Bull. crim.* n°134 ; Cass. crim., 21 juin 2011, *Bull. crim*. n° 149 ; *AJ pénal* 2011. 466 ; *D*. 2011. 1900 ; *ibid*. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *RSC* 2011. 853, obs. A. Cerf-Hollender ; *Droit pénal* 2011. Com. 121, note M. Véron ; *Gaz. Pal.,* 9-10 nov. 2011, n° 313 à 314 ; *RPDP* 2012. 146. 414

[299] Y. Mayaud, « Respect de la vie privée, secret professionnel, et droits de la défense », *RSC*, 2007, p.815

[300] Cass. soc. 2 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n°535

[301] Cass. soc., 30 juin 2004, *Bull. civ.* V, n°187

pénale[302]. Cette position de la chambre criminelle sera ensuite reprise à l'égard du principe de loyauté de la preuve pénale.

103. Parallèle des matières pénale et sociale. La chambre criminelle poursuit l'infraction commise par le salarié, si la preuve sociale qui en résulte n'est pas nécessaire à l'exercice des droits de la défense. Cela n'a pas été le cas pendant très longtemps à l'égard des infractions permettant l'obtention d'une preuve pénale : les personnes prives n'étaient pas poursuivies lorsqu'elles commettaient une infraction pour recueillir une preuve. Toutefois, la chambre criminelle a fini par aligner sa jurisprudence sur celle des chambres civiles dans un arrêt, certes isolé, de 2007[303]. Par l'admission de la condition de nécessité des droits de la défense, un point commun entre le principe de la loyauté de la preuve civile et celui de la preuve pénale est établie. Désormais, une personne privée peut être poursuivie pour avoir commis une infraction dès lors que sa preuve pénale déloyale n'est pas nécessaire à ses droits de la défense ; toutefois, aucune jurisprudence ultérieure n'a confirmé cet effet de la loyauté de la preuve pénale

104. La nécessité des droits de la défense intervient à l'image d'un fait justificatif. Le principe de loyauté de la preuve pénale produit un effet lorsque la responsabilité pénale d'une personne privée ayant recueilli une preuve par la commission d'une infraction est recherchée. La déloyauté est admise dès lors que la preuve est nécessaire pour l'exercice des droits de la défense. Toutefois, les particuliers ont tenté de se dédouaner de toute infraction sur un autre fondement : l'erreur sur le droit a été invoquée pour justifier du versement en justice d'une preuve déloyale.

B. L'impossibilité contestable d'invoquer l'erreur sur le droit en raison des jurisprudences divergentes

105. Exclusion de toute erreur sur le droit. Une contradiction trop accentuée entre les interprétations des chambres de la Cour de cassation aboutit à une confusion dans l'esprit des individus. C'est ce que le demandeur au pourvoi de l'affaire de 2004[304] soutenait : il demandait le bénéfice de l'article 122-3 du Code pénal relatif à l'irresponsabilité pénale découlant d'une

[302] S. Detraz, « Vol justifié de documents par un salarié », *JCP G*, 2011, note 1020
[303] V. *supra* n°52 et s. ; Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n°27
[304] Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.* n°113 ; *D.* 2004, p. 2326, note Kobina Gaba ; *JCP* 2004, II, 10124, note C. Girault ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 122, obs. Veron

erreur sur le droit. Selon cet article, l'erreur sur le droit ne doit pas pouvoir être évitée et doit aboutir à la réalisation d'un fait dont la personne a légitimement cru à la possibilité de réaliser le fait reproché. La partie civile estimait que son erreur était légitime dans la mesure où, d'une part, la chambre sociale accepte les preuves déloyales obtenues par la commission d'un vol dès lors qu'elles sont nécessaires aux besoins de la défense et, d'autre part, la chambre criminelle considère que ce fait constitue un vol. La Cour de cassation rejette toute erreur sur le droit en estimant que l'erreur commise n'était pas invincible[305]. En conséquence, l'erreur sur le droit ne peut pallier la divergence des solutions à l'égard de l'application du principe de loyauté de la preuve pénale. Surtout, s'il peut être retenu que le justiciable a toujours la possibilité de demander conseil à un avocat avant de se présenter en justice, il peut être rétorqué qu'il n'est pas obligatoire pour un justiciable d'avoir un conseil en première instance. Il ne peut de manière automatique savoir et connaître les subtilités de chaque matière et de chaque interprétation retenue par chacune des chambres de la Cour de cassation. En cela, la solution retenue par la Cour de cassation est critiquable.

106. Absence de sécurité juridique entre les solutions jurisprudentielles. En critiquant les divergences des jurisprudences entre la première chambre civile[306] et la chambre criminelle[307] à l'égard de l'enregistrement de conversations entre un avocat et son client, deux avocats ont très succinctement, mais de manière pertinente, résumé la situation en faisant référence à l'art de la divination auquel les justiciables vont devoir se livrer[308]. Le même raisonnement peut être appliqué à une telle erreur. Il est clair que la preuve civile sera toujours soumise au principe de loyauté ; toutefois, la preuve pénale reste soumise à l'appréciation des juges du fond qui, selon les espèces, pourront ou non estimer que la preuve est nécessaire à l'exercice des droits de la défense. Il s'agit d'une grande limite au principe de loyauté de la preuve pénale, qui est soumise aux aléas des faits dans lequel elle s'inscrit. Les justiciables et leurs conseils devront alors prévoir les cas dans lesquels ils pourront apporter une preuve devant la Cour.

---

[305] V. notamment C. Girault, « Soustractions de documents d'entreprise par les salariés en vue de se défendre en justice », *JCP G*, 2004, n°31, II, 10124

[306] V. notamment Cass. civ. 1ère, 6 oct. 2011, *Bull. civ.* I, n°162 ; *D.* 2012. 765, obs. E. Dreyer.

[307] V. notamment Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim.* n°27 ; *D.* 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot

[308] P.-Ph. Boutron-Marmion et E. Daoud, « La chambre criminelle valide la violation du secret professionnel de l'avocat », *AJ Pénal*, 2012, p.224

Conclusion de la Partie 1

107. Le principe de loyauté de la preuve pénale aurait pu être réintroduit grâce à la soumission de la preuve déloyale à la condition des besoins de la défense, à la jurisprudence différente des autres chambres de la Cour de cassation et même par l'admission implicite d'une hiérarchie entre les preuves déloyales et loyales. Toutefois, cela a été sans succès ; aucune notion ou concept n'a été suffisamment imposant pour pouvoir astreindre les personnes privées au principe de loyauté de la preuve pénale. D'ailleurs, le législateur est même venu consacrer certains modes de preuve déloyaux en leur faveur.

107.1. Néanmoins, cette preuve déloyale n'est pas pour autant dépourvue de conditions : elle doit être soumise à la discussion contradictoire des parties en litige. Pourtant, le débat contradictoire ne fait que déplacer le problème relatif à la déloyauté de la preuve.

107.2. En conclusion, la loyauté de la preuve pénale n'a pas réellement le titre de principe à l'égard des personnes privées dans la mesure où il n'a pas vocation à s'appliquer dans ce cadre. Les limites au principe sont trop nombreuses pour pouvoir le considérer véritablement comme un principe. Ainsi, toute preuve pénale déloyale, qu'elle soit illégale ou illicite, peut être rapportée par elles.

108. Au contraire, la loyauté de la preuve pénale retrouve sa qualité de principe dès lors que la preuve pénale est recueillie par l'autorité publique. En effet, *« au moins, une chose est sûre : lorsque la preuve est rapportée par une personne publique [...], les jurisprudences civiles, pénales et administratives s'accordent : le principe de loyauté de la preuve s'impose à elle »*[309].

[309] M.-L. Guinamant, « Principe de loyauté : droits civil, pénal et administratif comparés », *JCP G*, 2014, n°42, note 1058

PARTIE 2 : La subordination du principe de liberté de la preuve rapportée par l'autorité publique à la condition de loyauté

109. La preuve peut être recueillie par l'autorité publique de deux manières. L'autorité publique peut obtenir la preuve d'une infraction en provoquant à la commission d'une infraction (Chapitre 1) mais aussi en provoquant à la preuve elle-même (Chapitre 2). Le principe de loyauté de la preuve pénale couvre un champ large : il a vocation à jouer un rôle dans les deux cas. Cependant, à travers ces deux types de provocations, des formes de déloyauté sont admises par la jurisprudence et parfois même par le législateur : le principe de loyauté de la preuve pénale appliqué à l'égard de l'autorité publique est entaché de quelques incohérences.

CHAPITRE 1 : L'incitation à la commission d'une infraction, une problématique récurrente en matière de loyauté probatoire

110. La jurisprudence n'hésite pas à rappeler que la provocation policière correspond à un comportement actif ayant déterminé un individu à commettre une infraction (Section 1). Une telle provocation porte atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale. À cet égard, elle rend nulle toute preuve démontrant l'existence d'une infraction antérieure à la provocation ou de celle qui en découle, que l'incitation soit constitutive d'un comportement de l'autorité publique ou de son intermédiaire[310] (Section 2). Ainsi, on se situe en principe avant la commission d'une infraction.

Section 1 : L'incitation déloyale à l'infraction, une interdiction jurisprudentielle et légale indéniable

111. La provocation policière restaure la véritable valeur au principe de loyauté de la preuve pénale en ce qu'elle permet son entière application. En effet, elle porte atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale. Cette provocation consiste pour l'autorité publique d'adopter un comportement actif (§II) ayant déterminé les agissements délictueux du mis en cause (§I).

[310] Cass. crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.* n°132 ; *RSC* 2006. 876 et 879, note J-F Renucci ; *D.* 2006. 1772 ; *AJ Pénal* 2006. 354, note E. Verges

§I. La détermination des agissements délictueux, condition nécessaire à l'incitation à la commission de l'infraction

112. Par principe, pour qu'il y ait méconnaissance du principe de loyauté de la preuve pénale, la provocation policière doit avoir déterminé les agissements délictueux du requérant. Il s'agit du seul point sur lequel jurisprudence traditionnelle et doctrine s'accordent (A). Néanmoins, la violation du principe a tout de même été reconnue alors même qu'aucune infraction n'a été consommée (B).

A. L'imprécision illégitime de la notion de provocation policière

113. Beaucoup d'aspects relatifs à la provocation policière restent obscurs. La jurisprudence interne se sert de cette notion pour faire respecter le principe de loyauté de la preuve pénale. Pour autant, elle n'a jamais fait l'effort d'en donner une définition : c'est la jurisprudence européenne qui s'est saisie de ce point (1). De plus, si les effets de cette provocation sont connus de tous, ils demeurent encore de déterminer à quel titre ils agissent (2).

1. L'absence de définition de la provocation policière, une occasion saisie par la jurisprudence européenne

114. Absence de définition interne. Une preuve pénale démontrant la commission d'une infraction qui fait suite à une incitation policière ou judiciaire est-elle loyale ? Telle est la question qu'il faut se poser lorsque l'on s'intéresse à la provocation policière. Cette dernière correspond au fait pour l'autorité publique – entendue largement[311] – d'inciter un individu à commettre une infraction, puis de déférer celui-ci devant la justice, justement parce qu'il a commis cette infraction. Or, l'autorité publique ne doit pas permettre la commission d'une infraction mais justement, la constater[312]. La provocation policière est souvent appréhendée comme un élément déclencheur annihilant la volonté du délinquant qui va le pousser à commettre une infraction, qu'il n'aurait jamais commise sans[313]. La provocation à l'infraction

[311] V. notamment Cass. crim., 12 juin 1952, *Bull. crim.* n° 153 ; Cass. crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.* n°87 ; Cass. crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.* n° 37 ; *D.* 2007. 2012, note J.-R. Demarchi ; *RSC* 2007. 331, obs. R. Finielz ; *RSC* 2007. 560, obs. J. Francillon ; *AJ Pénal* 2007. 233, obs. M.-E. Charbonnier ; Cass. crim., 16 déc. 2014, *Bull. crim.* n°273

[312] Art. 14, alinéa 1er, du c. pro. pén. : *« [la police judiciaire] est chargée […] de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte ».*

[313] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd., 2001, p.197 et s.

est par essence déloyale car assimilable à un piège : on ne peut s'attendre à ce que l'autorité publique pousse un individu à commettre une infraction et se permettre de la poursuivre pour avoir effectivement commis cette infraction. Par voie de conséquence, la preuve de l'infraction ainsi commise est elle aussi entachée de déloyauté. La provocation n'est donc jamais admise par la Cour de cassation dès lors qu'elle a déterminé les agissements délictueux du mis en cause ; un lien de causalité doit toujours exister entre la provocation et l'infraction commise. Il est ainsi aisé d'expliquer la consistance de la provocation policière ; pour autant, aucune définition n'en a été donnée par la Cour de cassation.

115. Définition européenne de la provocation policière. C'est donc dans ce contexte que la CEDH a été amenée à donner une définition. Dans l'affaire Ramanauskas contre Lituanie[314], elle prend en compte les particularités du travail d'enquête et d'investigation policière[315] ; elle rappelle même que la recevabilité des preuves relève du droit interne et ne rentre donc pas dans sa compétence, puisqu'elle se cantonne à la vérification du respect du droit à un procès équitable[316]. Cependant, cela ne l'a pas empêché de donner une définition de la provocation policière : *« il y a provocation policière lorsque les agents impliqués – membres des forces de l'ordre ou personnes intervenant à leur demande – 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, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre »*[317]. La CEDH appréhende la provocation policière sous deux aspects : un acte positif[318] mais aussi une influence ayant déterminé les agissements délictueux du mis en cause. La jurisprudence interne prend aussi en considération ces deux points-ci, seulement elle n'avait jamais pris la peine d'en poser explicitement les termes. Cette définition permet de donner un contenu à ce qui est contraire au principe de loyauté de la preuve pénale, bien que la CEDH n'explicite pas le fait que cette provocation est contraire au principe.
Une définition européenne est ainsi posée. En revanche, la nature et les effets de la provocation à la commission d'une infraction restent encore à définir.

[314] CEDH, 5 fév. 2008, Ramanauskas c/ Lituanie, Req. n°74420/01 ; *RSC*. 2008, p. 692, obs. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; *ibid*. 2009. 694, obs. A. Giudicelli ; *RTDH* 2009. 211 obs. Ch. de Valkeneer, *Droit pénal* 2009. 22 obs. E. Dreyer, §73
[315] §49 de l'arrêt commenté
[316] §52 de l'arrêt commenté
[317] §55 de l'arrêt commenté
[318] V. *infra* n°128 et s.

2. Une nature et des effets flous, la conception jurisprudentielle inachevée de la provocation policière

116. Absence d'élément moral de l'infraction ou contrainte morale ? Si un auteur avait déjà eu l'intention de commettre une infraction, la provocation policière n'aura pas déterminé ses agissements délictueux ; la preuve ainsi obtenue pourra être considérée comme légale et des poursuites pourront légitimement être engagées, notamment en raison d'un commencement d'exécution de l'infraction et au titre de la tentative. En revanche, tel n'est pas le cas si l'auteur n'avait pas arrêté son idée de passer à l'acte : la provocation policière aura été déterminante dans la commission de l'infraction reprochée et efface l'élément moral de l'infraction commise. De la sorte, quelle est la nature de la provocation policière lorsqu'elle détermine les agissements délictueux d'une personne ? Deux éléments se présentent à nous : soit elle constitue un fait justificatif à l'infraction qu'elle aura engendrée, soit elle fait disparaître l'élément moral d'une telle infraction. La jurisprudence[319] penche pour la deuxième option : l'infraction découlant d'une provocation policière n'est pas constituée en raison de l'absence de tout élément moral. Pourtant, cette approche n'est pas convenable : l'individu a véritablement eu la volonté de commettre une infraction, seulement sa commission a été facilitée par l'autorité publique. Dès lors, la provocation déploie ses effets comme un fait justificatif. En revanche, il est contesté par la doctrine que l'incitation à la commission d'une infraction constitue une contrainte morale externe[320]. Sur ce point, il faut la rejoindre, car en application de l'article 122-2 du Code pénal, est irresponsable celui qui a agi sous l'empire d'une contrainte à laquelle il n'a pas pu résister. Or, encore faut-il que cette contrainte soit légitime ! Étant déloyale, la provocation policière ne peut constituer une contrainte morale : elle n'est ni justifiée, ni justifiable. Ainsi, la provocation policière n'est pas une cause d'absence d'élément moral puisque l'individu a eu la volonté de commettre l'infraction dans les conditions proposées ; elle n'est pas non plus un fait justificatif à part entière. Si elle détermine les agissements délictueux, elle vicie intégralement la procédure qui en découlera. S'il faut trancher, la provocation à la commission d'une infraction est une cause de nullité de la procédure fondée sur le principe de loyauté de la preuve pénale. En plus de cela, elle rend infondée toute poursuite à l'encontre du provoqué et du provocateur.

[319] Cass. crim., 28 oct. 1942 ; *D.C.* 1943, 89 note Donnedieu de Vabres
[320] V. notamment J. Pradel, « Tentative et abandon en cas de pluralité de participants à la commission du crime », *RIDC*, 1986, p.739 ; *contra* J. Buisson, « Contrôle de l'éventuelle provocation policière : création d'un site pédo-pornographique par un policier, même étranger », *RSC*, 2008, P.663

117. Irresponsabilité pénale du provoqué… et du provocateur ! La jurisprudence retient que la provocation policière vicie la procédure pénale. Dans la mesure où la procédure engagée découle de la provocation policière, si la provocation est nulle, alors logiquement la procédure l'est aussi. Il y aura par voie de conséquence irresponsabilité du provoqué. Par exemple, dans son arrêt du 5 mai 1999[321], la chambre criminelle énonce que *« la provocation à l'infraction par un agent de l'autorité publique exonère le prévenu de sa responsabilité pénale, lorsqu'elle procède de manœuvres de nature à déterminer les agissements délictueux portant ainsi atteinte au principe de la loyauté des preuves »*[322]. Le principe de loyauté écarte la preuve d'une infraction incitée par l'autorité publique d'une part, et évince la responsabilité de celui provoqué d'autre part. Mais l'agent provocateur peut-il être poursuivi ? La Cour de cassation ne s'intéresse pas de savoir si le policier ou le magistrat ayant abusé de ses pouvoirs peut être condamné à ce titre. Et elle a raison. D'abord, les causes objectives d'irresponsabilité opèrent *in rem* et s'étendent ainsi aux complices. Ensuite, et traditionnellement, l'infraction principale doit être constituée dans tous ses éléments pour qu'une quelconque complicité puisse jouer[323] ; or, pour ceux qui se rangent en faveur de l'absence d'élément moral, celui-ci fait défaut. Sur ces deux fondements, il n'est pas non plus possible de justifier l'irresponsabilité pénale du provocateur en tant que complice. En conséquence, pour régler la problématique, la Cour de cassation se situe sur la validité de la preuve recueillie et, in fine, de la procédure pénale.

118. Bien que la détermination des agissements délictueux soit un critère irréfutable dans la constitution d'une provocation à la commission d'une infraction, l'intégralité du contenu de cette provocation doit encore s'affiner. Cela est d'autant plus vrai qu'il existe des hypothèses dans lesquelles il n'y a pas atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale justement en raison de l'imperfection de cette condition.

B. L'imperfection de cette condition dans la recherche de la violation du principe de loyauté de la preuve pénale

119. La jurisprudence semble bien établie : le principe de loyauté de la preuve pénale est respecté lorsqu'aucune provocation policière n'a déterminé les agissements délictueux reprochés (1). Toutefois, cette condition semble avoir évolué (2).

[321] Cass. crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.* n°87
[322] *Ibid*.
[323] V. notamment Cass. crim., 2 juill. 1958, *Bull. crim.* n° 513 ; *contra* Cass. crim., 8 janv. 2003, *Bull. crim.* n°5

1. Le respect du principe de loyauté de la preuve pénale en cas de neutralisation de la provocation à l'infraction

120. Exclusion de la provocation policière en raison du comportement du mis en cause. Dans certains cas, il arrive que le délinquant lui-même prenne la main sur toute provocation policière. C'est le cas lorsque les mis en cause prennent contact avec les policiers. La chambre criminelle retiendra que *« la participation simulée d'un fonctionnaire de police à une action illicite ne vicie pas la procédure, lorsqu'elle ne détermine pas la personne intéressée à commettre le délit »*[324]. On retrouve bien dans cette affaire la condition selon laquelle une incitation à commettre une infraction doit déterminer les agissements délictueux ; ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque le policier n'avait aucune maîtrise de la situation, dirigée en réalité par les malfaiteurs.

121. Exclusion de la provocation policière en cas de préexistence de l'infraction. Dans son arrêt du 17 octobre 1991[325], la chambre criminelle a considéré que le fait que des policiers se présentent comme des consommateurs dans un bar de nuit dans lequel des relations sexuelles tarifées avaient lieu ne correspond pas à une provocation à la commission d'une infraction. En effet, leurs agissements n'avaient eu que *« pour seul effet de permettre la constatation d'une activité délictueuse et d'en arrêter la continuation »*[326]. La préexistence de l'infraction à toute provocation policière justifie la réalisation de celle-ci. Le même raisonnement avait été adopté durant les années 1970[327] en matière de stupéfiants et demeure encore appliqué de nos jours[328].

122. Exclusion de la provocation policière en cas de soupçons. Dans l'affaire du 24 février 1999[329], un OPJ avait contacté, en dissimulant sa fonction, un individu soupçonné d'avoir fourni une dose mortelle de drogue à un toxicomane afin de faire semblant de vouloir en acheter ; un rendez-vous était fixé par l'individu. Des sachets de drogues ont pu être acquis par la suite par un autre policier. Il a été jugé que *« l'intervention des policiers n'avait pas déterminé [l'individu soupçonné] à commettre les agissements délictueux mais avait pour seul effet de permettre la constatation d'infractions à la législation sur les stupéfiants déjà commises et d'y*

[324] Cass. crim., 23 nov. 1999, *Bull. crim.* n° 269
[325] Cass. crim., 17 oct. 1991, pourvoi n°90-84.887
[326] *Ibid*.
[327] V. notamment Cass. crim., 2 mars 1971, *Bull. crim.* n°71 ; *RSC* 1972, p.859 ; Cass. crim., 16 mars 1972, *Bull. crim*. n°108 ; Cass. crim., 2 oct. 1979, *Bull. crim.* n°266
[328] Cass. crim. 30 oct. 2006, pourvoi n°06-86.176
[329] Cass. crim., 24 fév. 1999, pourvoi n°98-83.574 ; *D.* 1999, p. 560, note J. Coulon

mettre fin »[330]. L'officier n'a pas fixé le rendez-vous avec l'individu, pourtant, c'est bien lui qui a pris contact avec lui. Dès lors, une potentielle provocation à l'infraction peut être envisagée ou, du moins, un commencement d'exécution de la provocation, à l'image de la tentative[331]. Ainsi, où placer le curseur du commencement d'une provocation à la commission d'une infraction ? Cette espèce apparaît bien imprécise sur ce point. Néanmoins, l'exclusion de toute provocation est fondée sur l'existence de soupçons. Cette position sera d'ailleurs confirmée quelques années plus tard[332] : dès lors que la provocation permet de faire cesser des agissements délictueux et ne les détermine pas, elle ne vicie pas la procédure.

123. L'approbation des exclusions par la jurisprudence européenne. La validité de certaines provocations est affirmée par la CEDH[333] : la provocation policière est admise lorsqu'elle permet d'obtenir la preuve d'agissements délictueux antérieurs à sa mise en œuvre. Bien qu'elle considère que son rôle n'est pas de vérifier la recevabilité des preuves, elle estime que les policiers ayant incité à des offres de proxénétisme sur internet en raison de soupçons antérieurs à l'incitation ne portent pas atteinte au droit à un procès équitable dans la mesure où ils n'ont pas provoqué à la commission des faits de prostitution en eux-mêmes.

124. Exclusion de la provocation policière en cas d'objectif autre que celui de déterminer les agissements délictueux. Lorsque des enquêteurs se font passer pour des acheteurs potentiels d'une voiture volée auprès de l'auteur du vol, cela peut s'apparenter à une provocation à la commission d'un recel. Cette idée se renforce lorsqu'ils ont demandé un rendez-vous avec lui en faisant croire qu'ils allaient effectivement l'acquérir. Or, la chambre criminelle rejette toute provocation à l'infraction et approuve l'arrêt d'appel[334] qui retient qu'*« un procédé qui n'a en rien déterminé les agissements d'une personne mise en examen ne porte pas atteinte à la loyauté entrant dans les garanties du droit à la liberté et à la sûreté et du procès équitable »*[335]. Il n'y a donc aucune déloyauté dans le comportement des enquêteurs : même si cette manœuvre a eu pour but d'inciter l'auteur à vendre la voiture volée à des acheteurs potentiels, le but ultime des enquêteurs n'était pas de déterminer les agissements délictueux de l'individu. En effet, ils étaient guidés par la nécessité d'arrêter un délinquant dangereux sans compromettre l'ordre

[330] *Ibid*.
[331] V. art. 121-5 du c. pén.
[332] V. notamment Cass. crim., 8 juin 2005, *Bull. crim.* n°173 ; *Gaz. Pal.* 13-14 janv. 2006, p.15 ; Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* n°141
[333] CEDH, 7 sept. 2004, Eurofinacom c/ France, Req. n°58753/00
[334] CA Rennes, ch. ins., 7 nov. 2014
[335] Cass. crim., 15 déc. 2015, *Bull. crim.* n°633 ; *Dalloz actualité*, 15 janvier 2016 obs. C. Benelli-de Bénazé

public par son arrestation. En outre, il s'agit bien du mis en cause qui a publié l'annonce de vente : il ressort de cette constatation que *« les policiers n'ont fait qu'utiliser le moyen mis en place par le mis en examen lui-même qui s'est refermé contre lui »*[336].

En conclusion, il n'y aura pas méconnaissance du principe de loyauté de la preuve pénale si la provocation policière ne détermine pas les agissements délictueux de l'individu. Toutefois, cette condition semble avoir récemment mutée.

2. L'atténuation de l'obligation de caractériser l'infraction découlant de la provocation policière

125. La constitution de la provocation policière ne fait plus l'unanimité. Par principe, la provocation policière porte atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale dès lors qu'elle détermine les agissements du provoqué. Cependant, dans un très récent arrêt[337], la chambre criminelle semble avoir modifié sa position. Dans cette affaire Valbuena, une affaire de tentative de chantage, un OPJ s'était substitué à la potentielle victime, qui avait porté plainte contre les malfaiteurs, en se faisant passer auprès d'eux pour l'avocat de celle-ci. Après quelques conversations téléphoniques, les malfaiteurs ont été mis en examen et ont demandé l'annulation des preuves en raison de leur déloyauté. Effectivement, ils soutenaient que l'enquêteur les avait provoqués à commettre la tentative de chantage : il a *« pris l'initiative de les rappeler, de diriger la conversation, d'aborder la question financière »*[338] et même de solliciter des rendez-vous. Toutefois, les juges du fond rejettent toute provocation policière : ils estiment que se faire passer pour le conseil de la victime est seulement *« une technique de négociation en vue d'obtenir la preuve de l'élément matériel du délit de chantage, dont la tentative était à ce stade largement consommée »*[339] et non pas une provocation. Or, la chambre criminelle casse l'arrêt des juges du fond même si elle ne s'associe pas entièrement au raisonnement des demandeurs au pourvoi.

126. La détermination des agissements délictueux, une condition en mutation ? Au visa des articles 6 de la CESDH et préliminaire du Code de procédure pénale, la chambre criminelle

---

[336] C. Benelli-de Bénazé, « Loyauté d'un stratagème policier visant l'interpellation de l'auteur d'une infraction », *Dalloz actualité*, 15 janvier 2016

[337] Cass. crim., 11 juill. 2017, pourvoi n°17-80.313, publié au Bulletin ; *D.* 2017. 1532 ; *ibid*. 2018. 196, chron. B. Laurent, G. Barbier, E. Pichon, L. Ascensi et G. Guého ; *AJ Pénal* 2017. 436, note J.-B. Perrier

[338] *Ibid*.

[339] CA Versailles, ch. ins., 16 déc. 2016

énonce un attendu de principe très général : *« porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de la force publique »*. La chambre criminelle ne traite pas explicitement de la provocation policière ; ce manque de clarté est regretté par la doctrine[340]. À travers la notion de stratagème, l'effacement de la distinction entre provocation policière et provocation à la preuve[341] a été remarqué[342].

Cet arrêt pose ainsi la question de la caractérisation de l'infraction déterminée par la provocation policière. En effet, cet arrêt s'inscrit bien dans le cadre de la provocation à la commission d'une infraction, bien que la doctrine soit divisée[343]. D'ailleurs, le moyen au pourvoi se situe clairement sur le terrain de la provocation policière.

Si la tentative de chantage était antérieure à la provocation policière, la consommation 'intégrale' de l'infraction n'en a pas découlée. Or, l'intention de l'autorité publique de provoquer à l'infraction doit suffire à la caractérisation de cette provocation, et cela même si l'infraction n'en a effectivement pas découlée. Pourtant, la chambre criminelle ne s'est pas attardée sur cet aspect : elle a admis une déloyauté uniquement fondée sur le comportement actif, constitutif d'un stratagème, de l'autorité publique. Le principe de loyauté de la preuve pénale a été violé alors même que la provocation policière n'a pas déterminé les agissements délictueux. Ce faisant, elle remet indirectement en cause la condition relative à la détermination des agissements délictueux. De fait, pour considérer qu'il y a violation du principe de loyauté de la preuve pénale, y aurait-il une atténuation de l'obligation de caractériser l'infraction découlant de la provocation policière ? Rien n'est moins sûr : la position adoptée par la chambre criminelle dénote certes avec sa jurisprudence traditionnelle, mais il faudra attendre confirmation ou infirmation pour déterminer la réponse à cette question.

Dans tous les cas, il aurait mieux valu que la potentielle victime ait rassemblé toutes les preuves seule pour éviter toute méconnaissance du principe de loyauté de la preuve pénale ; la chambre criminelle étant beaucoup plus souple à l'égard des personnes privées[344].

---

[340] J.-Y. Maréchal, « Stratagème utilisé par un enquêteur et déloyauté de la preuve », *LexisNexis*, 13 septembre 2017

[341] V. *infra* n°160 et s.

[342] P. Le Monnier de Gouville, « Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal », *Lexbase Hebdo, éd. privé*, 2017, n°710, n° LXB N9929BWN

[343] V. notamment J.-B. Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p.436 ; W. Azoulay, « Déloyauté de la preuve et provocation à l'infraction », *Dalloz actualité*, 25 juillet 2017 ; *contra.* J.-Y. Maréchal, « Stratagème utilisé par un enquêteur et déloyauté de la preuve », *LexisNexis*, 13 septembre 2017 ; F. Fourment, « « Sextape », secret de l'enquête et de l'instruction et loyauté de la preuve », *Gaz. Pal*., 24 octobre 2017, n°36, p.53

[344] V. *supra* n°11 et s.

127. Ainsi, de manière traditionnelle et malgré cette atténuation encore marginale, la règle est celle selon laquelle l'incitation à la commission d'une infraction ayant déterminé les agissements délictueux du mis en cause est interdite. Le principe de loyauté de la preuve pénale est donc reconnu à l'égard de l'autorité publique. Cependant, une deuxième condition est exigée : cette incitation consiste dans l'adoption d'un comportement actif par l'autorité publique.

§II. Le rejet de la preuve obtenue par un comportement actif de l'autorité publique, un postulat louable

128. La Cour de cassation n'hésite pas, au regard des comportements actifs adoptés par l'autorité publique, à considérer s'il y a provocation policière et donc violation du principe de loyauté de la preuve pénale (A). En revanche, elle sera tenue de sanctionner toutes les incitations à la commission d'une infraction interdites par le législateur, même si le principe de loyauté de la preuve pénale ne transparaît pas totalement (B).

A. Les jurisprudences antinomiques d'un même comportement actif dans le cadre de provocations policières

129. Le comportement actif de l'autorité publique est, avec la détermination des agissements délictueux, une condition à la constitution d'une provocation policière. Ce comportement actif est très aisément constitué par la création de sites internet. Toutefois, certains comportements actifs portent atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale (1) tandis que d'autres ne le méconnaissent pas (2)[345]. Dans ce dernier cas, une incohérence avec la volonté de faire respecter strictement le principe de loyauté de la preuve pénale peut être relevée.

1. La censure pertinente de la déloyauté caractérisée par la constitution de sites internet pédopornographiques

130. La censure de la création et l'exploitation d'un site internet pédopornographique. Le développement des technologies a eu pour conséquence l'évolution et l'adaptation des

[345] Évacuons d'emblée, dans les cas suivants, le problème relatif à l'application ou non de la loi française et de ses principes : la connexion aux sites internet américains depuis la France permet de retenir la compétence territoriale de la loi française. Ce problème a aussi été rapidement écarté par les juges.

comportements des enquêteurs dans la recherche de la preuve de la commission d'infractions. Néanmoins, l'autorité publique peut parfois outrepasser ses compétences et provoquer directement à l'infraction. La doctrine parle de *cyberprovocation*[346]. C'est notamment le cas avec la création et l'exploitation de sites internet. Dans une affaire de 2007[347], l'autorité publique américaine[348] avait créé un site internet contenant des photographies pornographiques et avait informé les autorités françaises de la connexion au site par un français. Une enquête ayant été par la suite ouverte[349], une perquisition a révélé la détention d'images pédopornographiques par l'individu. La question était de savoir si la création du site internet par les autorités américaines était une provocation à la commission d'une infraction de nature à vicier la procédure. La doctrine retient que si l'objectif d'identification des pédophiles en utilisant et exploitant des sites internet est louable, elle souligne aussi que la fin ne saurait justifier les moyens[350]. C'est d'ailleurs la position de la jurisprudence. En effet, au visa des articles 6§1 de la CESDH, préliminaire du Code de procédure pénale et du principe de loyauté des preuves, la chambre criminelle censure l'arrêt des juges du fond[351] qui retient que les investigations sont des renseignements démontrant des agissements infractionnels en toute conscience du mis en cause. La Cour de cassation estime que la perquisition fait suite à une provocation à la commission d'une infraction : à ce titre, tout ce qui a été saisi durant son déroulement est rejeté car déloyal. Cela est justifié puisque la création du site internet revenait à annihiler la volonté des individus, les inciter à se connecter au site et *« à les déterminer à agir dans ce dessein »*[352]. En conséquence, un comportement actif déloyal constitutif d'une provocation policière ne peut pas légitimer la poursuite d'une infraction. Ce raisonnement est recevable à juste titre et il serait même difficile de retenir une solution contraire. Pourtant, la Cour d'appel de renvoi[353] ne s'est pas conformée à la position de la chambre criminelle.

---

[346] J.-R. Demarchi, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », *D.*, 2007, p.2012

[347] Cass. crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.* n°37 ; *D.* 2007. 2012, note J.-R. Demarchi ; *RSC* 2007. 331, obs. R. Finielz ; *RSC* 2007. 560, obs. J. Francillon ; *AJ Pénal* 2007. 233, obs. M.-E. Charbonnier

[348] C'est d'ailleurs par cette affaire que l'autorité publique étrangère a été soumise au principe de loyauté de la preuve pénale.

[349] Sur le fondement de l'art. 227-23, alinéa 1er, du c. pén., version en vigueur à la date des faits, soit septembre 2003 : *« le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende »* ; la simple connexion à un site pédopornographique n'était pas encore réprimée.

[350] V. notamment J. Francillon, « Provocation à la commission d'actes de pédophilie organisée par un service de police étranger utilisant le réseau internet », *RSC*, 2007, p.560

[351] CA Paris, ch. ins., 26 sept. 2006

[352] J. Francillon, « Cyberdélinquance et provocations policières », *RSC*, 2014, p. 577

[353] CA Versailles, ch. ins., 25 janv. 2008

131. La confirmation de l'exclusion de toute provocation policière en cas de soupçons. Sans surprise, la chambre criminelle réitère sa solution[354]. Cependant, elle complète celle-ci en prenant en compte l'existence d'éléments antérieurs à la provocation permettant de soupçonner l'existence de l'infraction. Si des soupçons font croire à la commission d'infractions, alors la provocation sera admise. Cette référence à l'existence de soupçons a déjà été introduite par la Cour de cassation[355]. Toutefois, cet apport n'a pas satisfait la Professeure Agathe Lepage car, selon elle, les hypothèses dans lesquelles il existe des soupçons de l'existence d'une infraction puis une provocation à la commission de celle-ci ne sont que peu nombreuses[356]. D'ailleurs, il faut bien admettre que le fait pour le mis en cause de détenir des images pédopornographiques ne peut légitimer une provocation à l'infraction[357] : celle-ci devrait être interdite dans tous les cas dans la mesure où elle est par essence déloyale. Tout comportement actif ayant déterminé des agissements délictueux rend la procédure qui en découlerait nulle.
En revanche, en matière de fraude bancaire, la déloyauté du comportement actif de l'autorité publique n'a pas été relevé.

2. La conformité malaisée de la création de sites internet en matière de fraude bancaire au principe de loyauté de la preuve pénale

132. La régularité de la création et l'exploitation d'un site internet relatif à la fraude à la carte bancaire. Curieusement, des faits similaires à la précédente espèce se sont retrouvés en matière de fraude à la carte bancaire mais la solution retenue est contraire à l'affaire précédente. Dans son arrêt du 30 avril 2014[358], la chambre criminelle a en effet estimé que la création et l'exploitation d'un forum, permettant des échanges d'informations relatives à des achats et ventes de biens et services en matière de fraude à la carte bancaire, par l'autorité publique étrangère n'est pas un dispositif déloyal. Pourtant, à l'image du site pédopornographique, l'autorité publique a bel et bien adopté un comportement actif.
Les juges du fond[359] retiennent l'intérêt du mis en cause, pour les techniques de fraude à la carte bancaire, préexistant à la création du site. À cet égard, ils ont pris en compte l'apport de l'arrêt

[354] Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* n°141
[355] V. *supra* n°121 et s.
[356] A. Lepage, « Internet – Provocation policière », *CCE*, septembre 2008, n°9, comm. 106
[357] V. notamment J. Larregue, « Loyauté de la preuve et site internet « d'infiltration » », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2014, n°183, p.20
[358] Cass. crim., 30 avr. 2014, *Bull. crim.* n°119 ; *D.* 2014. 1042 ; *ibid*. 1736, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2014. 374, obs. P. de Combles de Nayves ; *CCE* 2014. comm. 73, note A. Lepage ; *JCP* 2014. 583 ; *Gaz. Pal.* 14 juin 2014. 183, J. Larregue
[359] CA Paris, ch. ins., 18 nov. 2013

du 4 juin 2008 en recherchant l'existence d'éléments antérieurs, un *« faisceau d'indices »*[360], pour légitimer l'action de l'autorité. Toutefois, ce n'est pas l'argument principal : le comportement actif de l'autorité publique n'a pas incité à la commission d'une infraction. Rien n'interdit les échanges d'informations relatives à la fraude à la carte bancaire. Dès lors, la chambre criminelle a justement rejeté le pourvoi en cassation des requérants contestant leur condamnation, en vertu du principe de loyauté de la preuve pénale. Ce n'est ainsi pas le comportement en lui-même qui est remis en cause par la Cour : c'est l'absence de lien avec une infraction. Ce raisonnement est approuvé par le Professeur Jacques Buisson, qui rappelle que, dans l'affaire de 2007 et de 2008, *« le site [pédopornographique] lui-même recèle la commission d'infraction »*[361].

133. Une provocation indirecte à la commission d'une infraction (potentielle) non-sanctionnée. Enfin, et c'est le point noir de cette affaire de 2014, le site internet a seulement permis de prouver la commission de fraudes à la carte bancaire et non pas d'en provoquer une. Or, reconnaissons-le, les échanges d'informations et de techniques sur le forum favorisent la réalisation de telles fraudes dans la mesure où les délinquants se perfectionnent et sont incités, par leur connaissance en la matière, d'en commettre. N'y a-t-il ainsi pas une provocation indirecte à la commission d'une infraction ? En effet, le site internet facilite la commission de telles infractions : sans les connaissances qui y circulent, les délinquants ont davantage de difficultés à frauder. La nuance est ainsi insidieuse : si la provocation à la commission d'une infraction est à juste titre prohibée, faciliter la commission des infractions permet de contourner la difficulté, tout en identifiant et en appréhendant les auteurs. Un piège entoure les délinquants lorsqu'ils se connectent au forum secrètement géré par les autorités[362]. Par conséquent, si ce n'est pas sur le fondement des critères habituels de la provocation policière que la chambre criminelle aurait pu refuser la preuve déloyale, elle aurait pu la rejeter au regard du comportement actif évidemment adopté par l'autorité publique et de ses effets potentiels.

133.1. Nouvelle forme de déloyauté ? La Cour de cassation n'a-t-elle pas manqué de sanctionner une nouvelle forme de déloyauté ? Bien que l'idée semble attirante, il est impossible

[360] J. Francillon, « Cyberdélinquance et provocations policières », *RSC*, 2014, p. 577 ; V. notamment P. De Combles de Nayves, « Provocation à la preuve ou à l'infraction ? », *AJ Pénal*, 2014, p.374
[361] J. Buisson, « Contrôle de l'éventuelle provocation policière : création d'un site pédo-pornographique par un policier, même étranger », *RSC*, 2008, P.663 ; J. Buisson, « Preuve », *Rép. pén*., octobre 2013 §132
[362] V. notamment J.-F. Renucci, « Loyauté des preuves et distinction entre « provocation à l'infraction » et « provocation à la preuve » », *RSC*, 2014, p. 843

de répondre par la positive : il serait difficile de déterminer qu'un délinquant est effectivement passé à l'acte du fait de cette consultation. Cela relèverait du *« droit pénal fiction »*[363]. Pour éviter tout passage à l'acte, il faudrait interdire tout type de provocation indirecte ; or, l'action de l'autorité publique serait dans ce cas beaucoup trop limitée dans la recherche d'auteurs d'infractions.

134. La provocation à la commission d'une infraction est sanctionnée par la jurisprudence dès lors qu'elle est constituée par un comportement actif ayant déterminé les agissements délictueux de l'auteur. Même si une incohérence peut être relevée à l'égard des affaires relatives à la création de sites internet en matière de pédophilie et de fraudes à la carte bancaire, elle est justifiée par la chambre criminelle. De plus, le législateur interdit aussi explicitement d'inciter à la commission d'une infraction, seulement pour certains modes de preuve.

B. La loi, caisse de résonance limitée de la jurisprudence relative à l'interdiction d'inciter à la commission d'une infraction

135. L'illégalité de l'incitation à la commission d'une infraction. Les auteurs provoquant autrui à la commission d'une infraction encourent une peine[364] : la déloyauté dans leur comportement est sanctionnée a minima en raison de la violation du respect de la valeur sociale protégée. La provocation à la commission d'une infraction est ainsi pénalement réprimée.
S'agissant des modes de preuve, le législateur est intervenu pour interdire de telles incitations : la mise en place de certains modes de preuve peut potentiellement déboucher sur une provocation policière. Cette intervention législative s'est faite à l'égard d'infractions difficiles à déceler, notamment celles occultes et dissimulées. L'infraction occulte est celle *« qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire »*[365] tandis que l'infraction dissimulée est invisible en raison d'une manœuvre délibérément accomplie par l'auteur[366]. C'est pourquoi, pour ces infractions spécifiques, l'autorité publique a un rôle important à jouer dans leur découverte : elle a vocation à adopter

[363] P. De Combles de Nayves, « Provocation à la preuve ou à l'infraction ? », *AJ Pénal*, 2014, p.374
[364] V. notamment art. 227-18, art. 227-19, art. 227-20, art. 227-22 du c. pén.
[365] Art. 9-1 alinéa 4 du c. pro. pén.
[366] Art. 9-1 alinéa 5 du c. pro. pén.

un comportement actif pour pouvoir entrer dans un milieu fermé[367]. Pour autant, il est strictement encadré par le législateur.

136. Le périmètre circonscrit de l'interdiction de la provocation. Le législateur n'a pas généralisé, contrairement à la jurisprudence, la prohibition des provocations policières[368]. En effet, il ne l'envisage qu'à l'égard d'un nombre déterminé de modes de preuve : c'est en cela que la loi est une caisse de résonance limitée à la jurisprudence. Cette interdiction se retrouve en matière sanitaire[369] et environnementale[370], de trafic de stupéfiants[371], de traite des êtres humains, de proxénétisme ou de recours à la prostitution des mineurs[372], d'infractions sexuelles[373], de criminalité organisée[374] et anciennement en matière de terrorisme[375]. Elle concerne aussi bien les enquêteurs, à l'image des articles précités, que les agents des douanes[376] et même s'agissant de certains inspecteurs spécifiques[377]. L'autorité publique pourra, selon les cas, participer à des échanges électroniques en se dissimulant derrière un pseudonyme, commettre des infractions sans voir sa responsabilité engagée et réaliser des opérations d'infiltration. En étendant les pouvoirs coercitifs, le législateur a souhaité renforcer la concrétisation des missions confiées à l'autorité publique. En effet, l'objectif est seulement de constater des infractions limitativement énumérées par les articles listés ci-dessus[378]. Toutefois, lorsque l'acte de l'autorité publique aura eu pour effet de constituer une incitation à la commission des infractions dont elle entend démontrer l'existence, cet acte sera nul. C'est parce que l'acte est nul que la preuve déloyale qui en découlera le sera aussi[379]. La Cour de cassation

[367] V. notamment H. Vlamynck, « Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes », *AJ Pénal*, 2004, p.187
[368] V. notamment V. Lesclous, « Enquête préliminaire », *J.-Cl. Procédure pénale*, 1er février 2012, fasc n°20, n°63 et s. et n°263 et s.
[369] V. art. 706-2-2 du c. pro. pén.
[370] V. art. 706-2-3 du c. pro. pén.
[371] V. art. 706-32 du c. pro. pén.
[372] V. art. 706-35-1 du c. pro. pén.
[373] V. art. 706-47-3 du c. pro. pén.
[374] V. art. 706-81, art. 706-87-1 et art. 706-106 du c. pro. pén.
[375] V. ancien art. 706-25-2 du c. pro. pén.
[376] Art. 67 bis II du code des douanes ; v. notamment S. Detraz, « Douanes. – Procédure », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 6 juin 2016, fasc n°30, n°69 et n°76 et s.
[377] V. notamment art. L.172-11-1 du code de l'environnement et art. L.1435-7-2 et art. L.5313-2-1 du code de la santé publique
[378] V. notamment T. Meindl, « Procédure applicable à la criminalité et la délinquance organisées. – Poursuite. Instruction. Jugement. Assistants spécialisés. – Dispositions dérogatoires de procédure », *J.-Cl. Procédure pénale*, 7 novembre 2011, fasc, n°20
[379] V. notamment J. Buisson, « Règles procédurales en matière de trafic de stupéfiants », *J.-Cl. Procédure pénale*, 25 octobre 2009, fasc n°20, n°23

veille à ce que l'autorité publique n'incite pas à la commission d'une infraction, par exemple, dans le cadre d'une infiltration[380].

137. La consécration d'une nullité textuelle[381] pour éviter les comportements abusifs. En application de l'article 802 du Code de procédure pénale, toute *« violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité »* doit faire grief *« aux intérêts de la partie qu'elle concerne »* afin que les juges puissent effectivement prononcer la nullité. En conséquence, la preuve déloyale découlant de l'incitation à la commission d'une infraction sera écartée des débats uniquement si la partie incriminée démontre que la preuve porte atteinte à ses intérêts ; en théorie, la partie contestera la preuve sur le fondement de l'article 6§1 de la CESDH en clamant que la preuve porte atteinte au droit à un procès équitable.

137.1. Un rappel pertinent ? Bien que la jurisprudence soit constante en matière d'interdiction des provocations policières et bien que le principe de loyauté s'applique avec vigueur à l'égard de l'autorité publique, le législateur a tout de même jugé utile de rappeler cette interdiction[382]. Ce rappel apparait pertinent uniquement sur le plan des nullités : on passe d'une nullité fondée sur une formalité substantielle à une nullité textuelle (le principe de loyauté de la preuve pénale n'étant prévu par aucun texte). Il devient ainsi plus facile pour la partie s'estimant lésée de démontrer qu'une preuve est déloyale en raison d'une provocation. Toutefois, cette facilité légale est cantonnée aux domaines définis ci-dessus ; les preuves découlant de provocations policières qui se réaliseront dans des matières autres que celles-là relèveront d'une nullité fondée sur l'inobservation des formalités substantielles. De plus, à l'image de la jurisprudence interne, le législateur n'a pas saisi l'occasion de déterminer ce qu'était une provocation policière. En conséquence, un article généraliste dans le Code de procédure pénale, fixant le contenu de la provocation policière, aurait pu être judicieux.

138. Les difficultés liées à la prévisibilité des solutions. Un député avait pu questionner le Garde des sceaux de l'époque sur la validité de l'article 706-35-1 du Code de procédure pénale, notamment sur le point de savoir *« dans quelles conditions [l]es opérations d'infiltration sont*

[380] Cass. crim., 9 mai 2018, pourvoi n°17-86.558
[381] V. notamment A.-S. Chavent-Leclère, « Dispositions générales. – Nullité », *J.-Cl Procédure pénale*, 10 novembre 2015, fasc n°20, n°26 et s.
[382] V. notamment J. Buisson, « Preuve », *Rép. pén.*, octobre 2013, §129

compatibles avec le principe de loyauté des preuves »[383]. Le ministre de la Justice avait affirmé que la provocation policière correspond à une atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable mais qu'il incombe aux juges du fond d'apprécier in concreto la violation de cet article et de ce principe[384]. Néanmoins, la doctrine ne semble pas satisfaite de cette réponse : les juges auront des difficultés à déterminer quel comportement actif aura incité à la commission d'une infraction en raison de la frontière ténue entre actes licite et illicite[385].

139. Si une définition de la provocation policière peut être donnée, il s'agirait simplement d'une incitation caractérisée par un comportement actif de l'autorité publique ayant pour but la commission d'une infraction par autrui. Si elle n'est posée que par la jurisprudence européenne, les deux conditions reconnues par la jurisprudence interne permettent d'en donner une. Dans tous les cas, la provocation policière est interdite en vertu du principe de loyauté de la preuve pénale : le principe est de rigueur. Néanmoins, il arrive qu'un particulier, non-soumis à ce principe, interfère dans l'exécution d'une provocation policière.

Section 2 : L'étendue considérable des effets du principe de loyauté de la preuve pénale au regard des provocations policières

140. A l'égard des provocations policières, la loyauté de la preuve pénale est un principe à part entière puisqu'elle déploie de larges effets. D'abord, la personne privée peut se voir opposer le principe de loyauté de la preuve pénale dès lors qu'elle est de connivence avec l'autorité publique (§I). Ensuite, le principe de loyauté est opposé aussi bien aux infractions découlant de la provocation que celles révélées et préexistantes à cette provocation (§II).

[383] P. Beaudouin, Question écrite n°34203, « Droit pénal – Enquêtes – Opérations d'infiltration. Mise en œuvre. Réglementation », *Assemblée nationale, 13ème Législature*, 4 nov. 2008
[384] *Ibid*.
[385] M.-E. Charbonnier, « Une provocation fondée sur une provocation à commettre une infraction, même commise à l'étranger, doit être annulée », *AJ Pénal*, 2007, p.33

§I. L'impact de la participation d'une personne privée à l'obtention d'une preuve sur le caractère actif du comportement de l'autorité publique

141. Quelle solution donner lorsque les faits soumis s'inscrivent dans une situation intermédiaire, c'est-à-dire lorsque la personne privée s'associe à l'autorité publique ? A travers le critère de loyauté probatoire, la Cour de cassation en donne une appréciation rigoureuse (A), qui ne permet pas de considérer que le comportement de la personne privée puisse être imputée à l'autorité publique (B).

A. La soumission fondée de tout prolongement de l'autorité publique à une application stricte du principe de loyauté

142. Pour la doctrine, nous nous situons dans le cadre d'une provocation indirecte à l'infraction par l'autorité publique[386]. La personne privée n'est pas un facteur derrière lequel l'autorité publique peut s'abriter pour échapper au principe de loyauté de la preuve pénale (1). C'est pour cela que la jurisprudence considère que la combinaison de leurs comportements actifs constitue une machination (2). Ces éléments permettent de constater l'application rigoureuse du principe de loyauté de la preuve pénale.

1. L'application en tout temps du principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard de l'autorité publique

143. Situation hybride. Une question peut légitimement se poser lorsqu'une personne privée aide l'autorité publique à rassembler les preuves de la commission d'une infraction. Si le particulier bénéficie d'une approche souple de la notion de loyauté, il en va autrement pour l'autorité publique. Au regard de ces deux applications contradictoires du principe de loyauté de la preuve pénale, il convient de se demander quel est l'impact de la participation d'une personne privée à l'obtention d'une preuve sur le caractère actif du comportement de l'autorité publique et si le principe de loyauté de la preuve pénale joue pleinement.

144. La personne privée étroitement liée à l'autorité publique. La jurisprudence traditionnelle adopte une position stricte s'agissant de la participation d'une personne privée à

[386] Ph. 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 ? », *Droit pénal*, 2009, n°4, étude 8

l'obtention d'une preuve par l'autorité publique. En effet, elle rejette toute provocation à la commission d'une infraction même si elle a été réalisée par une personne privée dès lors que l'autorité publique se 'cache' derrière elle. L'arrêt Schuller, en date du 27 février 1996[387], en est un parfait exemple. Il s'agissait en l'espèce de *« l'enregistrement par apposition d'un dispositif relié au combiné de l'appareil »* téléphonique et cela, avec l'accord d'un des deux correspondants. Ce dernier a réussi à obtenir un rendez-vous permettant ainsi la réalisation des délits. L'entière conversation, tenue par le particulier et le mis en cause, était dirigée par l'autorité publique, qui a par la suite assisté à la remise de la somme d'argent.
Mais lorsque l'autorité publique se sert du particulier pour arriver à ses fins, une machination se forme.

2. La qualification légitime de machination d'un particulier dans le giron de l'autorité publique

145. Une machination portant atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale. La chambre criminelle, dans cette affaire de 1996, a adopté la même position que les juges du fond[388] : elle a confirmé la nullité des écoutes et des procès-verbaux pris par la suite sur leur fondement. En effet, elle estime que *« l'interpellation [du prévenu] 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 »*[389].
Deux comportements sont à prendre en compte : celui de la personne privée et celui de l'autorité publique. S'agissant du premier, en ayant très fortement incité son interlocuteur – poursuivi des chefs d'extorsion de fonds et trafic d'influence – à passer à l'acte en dirigeant *« la conversation, abord[ant] le premier la question financière, fix[ant] le montant de la rémunération et suscit[ant] un rendez-vous en vue de la remise des fonds »*[390], le particulier se situe dans le prolongement de l'autorité publique. S'agissant du second, l'autorité publique était toujours présente auprès de la personne privée pour la guider dans la conversation téléphonique : il s'agit

[387] Cass. crim., 27 févr. 1996, arrêt Schuller, *Bull. crim.* n°93 ; *D.* 1996. 346 , note C. Guéry ; *RSC* 1996. 689, obs. J.-P. Dintilhac
[388] CA Paris, ch. d'accusation, 8 févr. 1995
[389] Cass. crim., 27 févr. 1996, arrêt Schuller, *Bull. crim.* n°93 ; *D.* 1996. 346 , note C. Guéry ; *RSC* 1996. 689, obs. J.-P. Dintilhac
[390] *Ibid*.

clairement d'un comportement actif. Le premier comportement a eu des conséquences sur le second en ce qu'il l'a remplacé et concrétisé au détriment du mis en cause.

145.1. La combinaison des comportements des protagonistes. Cette machination (ou stratagème[391]) est ainsi constituée par la combinaison de deux comportements. Dans ce cadre, la nature de 'personne privée' n'emporte pas de conséquence sur la preuve obtenue par elle et l'autorité publique. Nous aurions pu croire que la règle selon laquelle la loyauté de la preuve pénale ne s'applique pas aux personnes privées trouverait une application minimale dans cette hypothèse. Cependant, la jurisprudence retient une conception stricte. Il s'agit d'une véritable provocation à l'infraction durant laquelle les policiers ont guidé la personne privée. La police ayant pris une part active à la provocation à la commission d'une infraction par une personne privée, la machination est constituée. En conséquence, que la provocation policière soit directe ou indirecte, la preuve pénale qui en découle est nulle. La chambre criminelle réitérera sa solution à plusieurs reprises[392] et empêche la manipulation par les policiers des particuliers.

146. Le principe de loyauté de la preuve pénale s'applique pleinement. Les agissements d'un particulier et de l'autorité publique sont intimement liés bien que ceux de la personne privée n'ait pas de conséquences sur ceux de l'autorité publique. Pour autant, cette affirmation exclue-t-elle la possibilité de voir le comportement de la personne privée imputé à l'autorité publique ?

B. Les comportements de la personne privée et de l'autorité publique, interchangeables ?

147. Absence de transfert de responsabilité. La provocation à la commission d'une infraction effectuée tant par une personne privée que l'autorité publique est sanctionnée par la Cour de cassation[393]. De fait, il n'est pas question de savoir si l'attitude de l'autorité publique a entaché de déloyauté celle de la personne privée, bien qu'elle puisse l'aider en ce sens, et inversement. Au-delà de cela, les comportements de l'autorité publique et la personne privée sont-ils interchangeables ? Puisque, dans l'hypothèse où la personne agit pour le compte de l'autorité

[391] La notion de stratagème est beaucoup plus utilisée dans le cadre de la recherche de la preuve pénale ; v. *infra* n°183 et s.
[392] V. notamment Cass. crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.* n°37 ; *D.* 2007. 2012, note J.-R. Demarchi ; *RSC* 2007. 331, obs. R. Finielz ; *RSC* 2007. 560, obs. J. Francillon ; *AJ Pénal* 2007. 233, obs. M.-E. Charbonnier ; Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* n°141
[393] V. notamment pour l'autorité publique : cass. crim., 1er oct. 2003, *Bull. crim.* n°176 ; *D.* 2004, p.1845, note Sanchez ; pour la personne privée : cass. crim., 27 févr. 1996, arrêt Schuller, *Bull. crim.* n°93 ; *D.* 1996. 346 , note C. Guéry ; *RSC* 1996. 689, obs. J.-P. Dintilhac

publique, cette première se situe dans le prolongement de cette deuxième, pouvons-nous considérer que le comportement actif de la personne privée puisse être imputé à l'autorité publique ? L'attitude de la personne privée peut bien évidemment être reprochée à l'autorité publique : en ayant agi sous son contrôle et en sa présence, la personne privée a été guidée par cette dernière. Pour autant, l'autorité ne pourra en être tenue pour responsable. C'est pourquoi le principe de loyauté de la preuve pénale trouve à s'appliquer. Non seulement la provocation policière est déloyale en ce qu'elle pousse à la commission d'une infraction, mais en outre, aucune poursuite pénale ne pourra être mise en œuvre à l'égard du 'provocateur' (autorité publique) et du provocateur (personne privée). En effet, en application de l'article 121-1 du Code pénal, *« nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »*. La responsabilité de l'un ne pourra pas être recherchée pour le fait commis par l'autre. Ainsi, afin de contrecarrer tout abus de la part de l'autorité publique, c'est la preuve qui découlera de la provocation policière, par l'intermédiaire de la personne privée, qui sera nulle. L'inverse est d'autant plus vrai : la personne privée ne pourra se voir imputer les agissements de l'autorité publique. Le comportement de la personne privée n'emporte effectivement aucune conséquence à l'égard du comportement actif de l'autorité publique, même en termes de responsabilité.

148. En conséquence, la collaboration entre personne privée et autorité publique peut être considérée comme déloyale et vicier la procédure qui en est le fruit : la preuve pénale qui sera obtenue sera nulle. Mais en plus de concerner tout provocateur quel qu'il soit, le principe de loyauté de la preuve pénale commande que la provocation altère la preuve de toute infraction, que celle-ci soit constituée antérieurement ou ultérieurement à l'incitation.

§II. L'irrecevabilité justifiée de toute preuve consécutive à une provocation

149. *« La provocation à l'infraction est une source de nullité procédurale et […] le principe de loyauté de la preuve demeure un instrument de la moralité procédurale »*[394]. Cet instrument produit des effets vastes : les provocations policières rendent nulles les preuves des infractions qui en découlent (A) mais aussi les preuves des infractions qui ont été découvertes 'grâce' à elle (B).

[394] E. Vergès, « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », *AJ Pénal*, 2006, p.354

A. La nullité logique de la preuve pénale des infractions incitées par la provocation déloyale

150. La jurisprudence européenne estime que le droit de la preuve relève du droit interne des États membres. C'est en cela que la nullité de la preuve pénale des infractions découlant d'une provocation à la commission de celles-ci semble davantage imposée par la jurisprudence interne (1) qu'européenne (2).

1. L'impossibilité formelle des juges internes de poursuivre une infraction fruit d'une provocation policière

151. La nullité des conséquences ultérieures à la provocation. L'intégralité de la procédure fondée sur la provocation policière est viciée par elle[395]. Mais au-delà de ces effets, la provocation à la commission d'une infraction rend nulle la preuve pénale qui en découle. Ainsi, l'infraction qui fait suite à l'incitation ne pourra pas être poursuivie[396]. La chambre criminelle avait pu admettre qu'une telle preuve était irrecevable aussi sur le fondement de l'article 6 de la CESDH et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale[397]. La preuve pénale recueillie par provocation policière porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves.

152. Principe d'indivisibilité[398] des auteurs de l'infraction provoquée. La nullité de la preuve de l'infraction provoquée concerne tous les auteurs de celle-ci : elle est indivisible. C'est ce que retient la chambre criminelle[399] : aucun des auteurs ne peut voir sa responsabilité retenue pour une infraction incitée. En effet, un auteur ne peut pas être reconnu coupable tandis que son coauteur ne fait pas l'objet de poursuites pénales.
Bien que la jurisprudence interne estime que la nullité procédurale est large, la CEDH tient à cet égard un rôle de seconde zone.

---

[395] V. *supra* n°117
[396] V. notamment Cass. crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.* n°87 ; Cass. crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.* n°37 ; *D.* 2007. 2012, note J.-R. Demarchi ; *RSC* 2007. 331, obs. R. Finielz ; *RSC* 2007. 560, obs. J. Francillon ; *AJ Pénal* 2007. 233, obs. M.-E. Charbonnier ; Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* n°141 ; Cass. crim., 11 juill. 2017, pourvoi n°17-80.313, publié au Bulletin ; *D.* 2017. 1532 ; *ibid*. 2018. 196, chron. B. Laurent, G. Barbier, E. Pichon, L. Ascensi et G. Guého ; *AJ Pénal* 2017. 436, note J.-B. Perrier
[397] V. notamment Cass. crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.* n°132 ; *RSC* 2006. 876 et 879, note J-F Renucci ; *D.* 2006. 1772 ; *AJ Pénal* 2006. 354, note E. Verges
[398] V. notamment R. Finielz, « Loyauté de la preuve – Provocation à la commission de l'infraction », *RSC*, 2006, p.848
[399] V. notamment Cass. crim., 9 août 2006, *Bull. crim.* n°202 ; *AJ Pénal* 2006. 510 obs. Saas

2. L'impossibilité relative des juges européens de poursuivre une infraction fruit d'une provocation policière

153. La répression européenne limitée de la provocation policière. Dans l'affaire Teixeira de Castro[400], la CEDH retient le même raisonnement que dans l'arrêt Schenk[401]. En effet, dans un premier temps, elle rappelle que la recevabilité des preuves est un domaine relevant du droit interne des États membres : elles sont aussi bien régies par les règles nationales qu'appréciées par les juridictions nationales. Dans un deuxième temps, elle vérifie le respect du procès équitable. La CEDH se fonde sur l'article 6§1 de la CESDH[402] : le principe de loyauté de la preuve pénale fait ainsi partie intégrante du droit à un procès équitable, comme la Cour de cassation avait déjà pu l'affirmer[403]. En l'espèce, des policiers avaient acheté de l'héroïne, dans le cadre de l'opération dite « coup d'achat », auprès d'un vendeur qui a par la suite été condamné. Or, la CEDH considère que le requérant n'avait pas bénéficié d'un procès équitable car étant inconnu des services de police, il n'avait pas d'antécédents en matière de stupéfiants, aucune drogue n'a été retrouvée chez lui et en réalité, il s'agissait de la parole des deux policiers contre la sienne. Il est indéniable que le coup d'achat des policiers a déterminé les agissements délictueux du condamné. Cependant, la Cour ne retient pas cette condition comme la plus décisive, même si elle énonce que *« l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière »*[404] car elle prive *ab initio* le requérant de tout procès équitable. Elle reproche 'seulement' à la juridiction portugaise d'avoir fondé sa décision presque exclusivement sur la preuve déloyale des policiers, qui a été in fine déterminante dans la condamnation de l'individu. Cela n'est pas nouveau[405]. La provocation policière n'est pas en elle-même censurée par la CEDH : elle le sera uniquement lorsqu'elle aura privé le requérant de son droit à un procès équitable. C'est en cela que la répression européenne est limitée en la matière. Il faut ainsi déduire que la provocation policière ne portera pas atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale, ni au droit au procès équitable si la preuve qui en découle est

[400] CEDH 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/ Portugal, Req. n°25829/94, Rec. 1998-IV ; *JCP* 1999. I. 105, n° 38, obs. F. Sudre ; *RSC* 1999. 401, obs. R. Koering-Joulin
[401] CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen
[402] Ce fondement, constitué de l'art. 6§1 de la CESDH protégeant le droit au procès équitable, sera confirmé dans des arrêts ultérieurs : v. notamment CEDH, 21 mars 2002, Calabro c/ Italie et Allemagne, Req. n°59895/00 ; CEDH, 27 oct. 2004, Edwards et Lewis, c/ RU, Req. n^{os}33647/98 et 40461/98 ; CEDH, 15 déc. 2005, Vaniane c/ Russie, Req. n°53203/99 ; *RSC* 2006. 431, obs. F. Massias ; CEDH, 26 oct. 2006, Khoudobine c/ Russie, Req. n°59696/00
[403] Cass. crim., 15 déc. 2015, *Bull. crim.* n°633 ; *Dalloz actualité*, 15 janvier 2016 obs. C. Benelli-de Bénazé
[404] CEDH 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/ Portugal, Req. n°25829/94, Rec. 1998-IV ; *JCP* 1999. I. 105, n° 38, obs. F. Sudre ; *RSC* 1999. 401, obs. R. Koering-Joulin
[405] V. *supra* n°84

corroborée par d'autres. Ultérieurement, la CEDH optera pour une solution beaucoup plus contraignante à l'égard des requérants s'estimant victime d'une provocation policière déloyale : ils devront démontrer que sans l'intervention de l'autorité publique, l'infraction n'aurait pas été commise[406]. Or, il paraît bien difficile de démontrer une telle hypothèse…

154. De fait, le principe de loyauté de la preuve pénale impose que la preuve de l'infraction découlant de la provocation policière soit nulle. Mieux, il exige que la preuve de la découverte d'infractions antérieures à la provocation soit irrecevable aussi.

B. La nullité étendue de la preuve des infractions découvertes par la provocation à la commission d'une infraction

155. La révélation d'agissements délictueux antérieurs à la provocation. La provocation à la commission d'une infraction peut révéler des agissements délictueux commis antérieurement à elle. C'est notamment le cas lorsqu'une provocation policière est réalisée et que l'ouverture d'une enquête à la suite de cette provocation permet d'en découvrir l'existence. Par exemple, dans l'affaire du 11 mai 2006[407], un particulier avait, à l'instigation de policiers, incité le mis en cause à lui transmettre des photographies pédopornographiques ; à la suite d'un contrôle d'identité puis d'une audition, une enquête a été ouverte à l'encontre de l'individu qui avait reconnu détenir les images illicites.

156. Distinction entre l'infraction antérieure à la provocation et la preuve de celle-ci. Les juges du fond[408], pour prononcer la nullité partielle de la procédure, avaient choisi de fonder leur raisonnement sur un déroulement chronologique des infractions[409]. Effectivement, ils opéraient la distinction entre la détention d'images, qui était antérieure à la provocation et la transmission d'images, qui elle est le fruit de la machination. De la sorte, ils refusaient de poursuivre le mis en cause pour la détention d'images illicites, uniquement. En revanche, la chambre criminelle, en se fondant sur le principe de loyauté de la preuve pénale, a annulé

[406] CEDH, 21 mars 2002, Calabro c/ Italie et Allemagne, Req. n°59895/00
[407] Cass. crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.* n°132 ; *RSC* 2006. 876 et 879, note J-F Renucci ; *D.* 2006. 1772 ; *AJ Pénal* 2006. 354, note E. Verges
[408] CA Bordeaux, 8 juin 2005
[409] V. notamment E. Vergès, « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », *AJ Pénal*, 2006, p.354

l'intégralité de la procédure puisqu'elle était déjà viciée au moment de son ouverture par la provocation policière.

157. Une possibilité de poursuite de l'infraction sur une preuve distincte. La nullité de la procédure ouverte pour la poursuite d'une infraction empêche même la poursuite de celles déjà commises. En effet, les preuves démontrant l'existence même d'une infraction déjà commise sont irrecevables car elles ne sont que le fruit d'une provocation policière. Cela ne signifie pas que l'infraction antérieure ne pourra pas être poursuivie ; seulement, l'autorité publique devra se fonder sur une preuve autre que celle découlant de la provocation pour poursuivre le suspect. La nullité n'a donc pas un effet rétroactif : bien qu'elle concerne une infraction antérieure à la provocation à l'infraction, c'est bien la preuve de cette infraction, qui fait suite à la provocation, qui est nulle. Toutes les preuves faisant suite à l'incitation sont ainsi rejetées, sur le fondement de l'article 6 de la CESDH, article préliminaire du Code de procédure pénale et du principe de loyauté des preuves, par la Cour de cassation. Cette étendue sera confirmée ultérieurement[410].

158. Impossibilité de poursuivre tout auteur d'une infraction précédente ? Lorsque la provocation policière a permis la découverte d'infractions commises, antérieurement à elle, par d'autres individus que le provoqué, il semblerait qu'au regard de la situation énoncée ci-dessus la preuve de ces infractions soit nulle aussi. Dans tous les cas, opter pour une solution contraire s'inscrirait dans une logique incohérente au regard de la *« lecture extensive des effets de la déloyauté »*[411].

159. Le principe de loyauté de la preuve pénale produit pleinement ses effets en matière de provocation à la commission d'une infraction. Toute preuve résultant d'une telle provocation est rejetée pour défaut de loyauté. Il s'agit d'un véritable principe. En revanche, lorsque la preuve elle-même est provoquée par l'autorité publique, il se peut qu'elle ne soit pas déloyale. Le principe de loyauté s'applique dans ce cas, mais des nuances sont à apporter.

[410] V. notamment Cass. crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.* n°37 ; *D.* 2007. 2012, note J.-R. Demarchi ; *RSC* 2007. 331, obs. R. Finielz ; *RSC* 2007. 560, obs. J. Francillon ; *AJ Pénal* 2007. 233, obs. M.-E. Charbonnier ; Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* n°141

[411] C. Saas, « Loyauté et provocation policière à l'infraction », *AJ Pénal*, 2006, p.510

CHAPITRE 2 : Une autorité publique soumise à l'exigence de loyauté dans la provocation de la preuve pénale

160. La provocation à la preuve pénale correspond au fait pour l'autorité publique de rechercher une preuve sans inciter à la commission d'une infraction : cette recherche de la preuve s'effectue donc à la suite d'une infraction. Dans ce cadre, la notion de licéité peut être utilisée sous différents aspects. D'une part, elle permet de rendre admissible une preuve pourtant déloyale dès lors que le législateur a encadré sa recevabilité ; en revanche, la méconnaissance des conditions posées rend la preuve aussi bien illégale que déloyale (Section 1). D'autre part, lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre du contrôle de licéité, elle censure les preuves recueillies dans le respect de la loi, mais dont la déloyauté est recherchée pour contourner les garanties légales (Section 2).

Section 1 : Le critère de licéité, atténuation de l'importance de la loyauté de la preuve pénale

161. La déloyauté a de multiples facettes. Elle est refusée lorsqu'elle est caractéristique de la violation de la loi (§I) mais peut être admise dès lors que la preuve est licite (§II). Le principe de loyauté est suffisamment fort pour entrer en jeu dans le premier cas, mais s'efface dans le second. Les applications du principe et ses limites sont ainsi à distinguer.

§I. La violation du droit légitimement assimilée à celle de la loyauté

162. La CEDH n'a pas *« pour tâche de se prononcer par principe sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuve – par exemples des preuves obtenues de manière illégale au regard du droit interne »*[412]. Même dans le cadre de la recherche de la preuve[413], la Cour européenne cantonne son rôle en matière probatoire au contrôle du respect du droit au procès équitable dans son ensemble. C'est donc à la Cour de cassation de considérer si, lorsqu'il y a violation de la loi française, il y a par voie de conséquence méconnaissance du principe de loyauté (A). De la même manière, mais à l'échelle européenne, la CEDH est amenée à se prononcer sur la violation de l'article 6 de la CESDH en fonction de la méconnaissance d'une autre disposition de la Convention (B).

[412] CEDH, 1er juin 2010, Gäfgen c/ Allemagne, Req. n°22978/05, §163
[413] S'agissant de la provocation policière : v. *supra* n°153

A. L'absence critiquable de référence au principe de loyauté de la preuve pénale dans la violation du droit interne

163. Les termes de 'violation de la loi' renvoient à différentes exigences. Il peut s'agir aussi bien de la violation des prescriptions imposées par la loi pour la réalisation d'une mesure (par exemple, le respect des délais légaux en matière de perquisition[414]) (2), la commission d'une infraction (1) et même la violation des droits fondamentaux reconnus de manière générale à tout individu[415] (par exemple, le droit de garder le silence[416]).

1. La déloyauté inhérente à la commission d'une infraction

164. Articulation entre loyauté et légalité [2]. Commettre une infraction pour obtenir une preuve entachera d'illégalité[417] cette preuve mais aussi de déloyauté, le régime étant le même que l'infraction soit commise par l'autorité publique ou une personne privée. Puisque ce point a déjà été traité[418], il convient de s'arrêter plus longuement sur la violation des formes imposées par la loi.

2. La relation étroite entre déloyauté et inobservation des formes prescrites par la loi

165. Corrélation entre illégalité et déloyauté. L'illégalité, pour défaut de respect des formalités légales, ne revêt-elle pas aussi un caractère déloyal ? Si pour certains, *« entre la violation de la règle (illégalité) et celle de son esprit (déloyauté), il existe une différence de nature »*[419], l'illégalité d'une preuve est nécessairement le corollaire de la déloyauté de celle-

[414] Article 59 alinéa 1er du c. pro. pén. : *« Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures ».*
[415] V. *infra* n°201 et s.
[416] Article 61-1 alinéa 1er, 4°, du Code de procédure pénale *: « La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée : […] Du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ».*
[417] V. notamment E. Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *D.*, 2014, p.407
[418] V. *supra* n°27
[419] Ph. Conte, « La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 12 ; *contra* J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017, p.413 : pour Jean Pradel, la preuve illicite correspond pleinement à une preuve illégale, c'est-à-dire recueillie en violation de la loi. La preuve déloyale est celle recueillie par ruse ou stratagème.

ci. Mieux, la licéité est le complément de la légalité[420]. En effet, la violation de la loi, qui est supposée être claire et précise, par l'autorité publique trompe le citoyen dans ce qu'il pouvait attendre au regard des garanties légales[421]. De fait, une perquisition commencée à 22h, comme le souligne Philippe Conte[422], est évidemment illégale ; mais elle sera aussi déloyale en ce qu'elle dupe la personne perquisitionnée qui n'aurait pas pu prévoir une telle hypothèse.

166. Censure jurisprudentielle de la violation des formes imposées par la loi. C'est ainsi que la chambre criminelle[423] a considéré, à juste titre, que l'hypnose ne correspondait pas aux conditions normales dans lesquelles une audition doit être réalisée. En effet, dans ce cadre la volonté de l'individu sous hypnose est altérée[424]. Les déclarations de celui-ci seront irrecevables car déloyales. Il y aura nécessairement violation du principe de loyauté de la preuve pénale car il y aura non-respect des formes imposées par la loi : les formalités liées à l'audition d'un témoin ou à la garde à vue ne permettent pas un tel mécanisme. De la même manière, le procès-verbal relatant des confidences recueillies par des policiers en dehors de toute audition constitue une preuve déloyale[425] ou encore les preuves découlant d'une perquisition réalisée sans l'accord du propriétaire des lieux, en enquête préliminaire, sont irrecevables[426]. De multiples exemples peuvent être donnés pour illustrer les manquements aux formalités imposées par le législateur. Cependant, aucun d'entre eux ne cite le principe de loyauté de la preuve pénale.

167. Absence de mention de violation du principe de loyauté de la preuve pénale. Ce qui interpelle est l'absence de référence par les juges de la Cour de cassation au principe de loyauté de la preuve pénale. La jurisprudence considère de la sorte que la violation de la loi n'emporte pas violation de ce principe. Or, pour reprendre la formulation du Professeur Philippe Conte, lorsque l'autorité publique ne respecte pas les formes imposées par le Code de procédure

[420] P. Le Monnier de Gouville, « Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, 2017, n°710, n° LXB N9929BWN
[421] Les preuves acquises en violation de la loi italienne sont nulles aussi : v. Articolo 191 del Codice di Procedura Penale del 22 settembre 1988
[422] Ph. Conte, « La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 12
[423] Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n°369 ; *D.* 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing ; Cass. crim., 28 nov. 2001, *Bull. crim.* n°247
[424] C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur italien rend nulles les preuves issues de méthodes influençant la liberté d'une personne de disposer d'elle-même ou altérant mémoire : v. Articolo 188 del Codice di Procedura Penale del 22 settembre 1988
[425] Cass. crim., 5 mars 2013, *Bull. crim.* n°56 ; *Dalloz actualité*, 20 mars 2013, obs. S. Fucini ; *D.* 2013. 711 ; *ibid*. 1993, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2013. 288, obs. L. Belfanti ; *RSC* 2013. 595, obs. J. Danet ; Cass. crim., 25 avr. 2017, pourvoi n° 16-87.518, publié au Bulletin
[426] Cass. crim., 8 nov. 1989, *Bull. crim.* n°406

pénale, ne viole-t-elle pas aussi l'esprit de la loi ? La réponse doit être positive : certes, illégalité et déloyauté sont à distinguer, mais adopter un comportement illégal dans la recherche de la preuve correspond aussi au fait d'être déloyal.

168. En contradiction avec ce qu'admet la doctrine et au regard du silence de la jurisprudence sur ce point, il faut bien considérer que la violation de la loi emporte inobservation du principe de loyauté de la preuve pénale. De la même manière, la méconnaissance d'une disposition conventionnelle a nécessairement des effets sur le principe de loyauté de la preuve pénale.

B. Les effets irréfutables de la méconnaissance d'une disposition conventionnelle sur le principe de loyauté de la preuve pénale

169. Les liaisons nécessaires entre les articles de la CESDH. La loyauté de la preuve pénale est toujours rattachée à l'article 6 de la CEDH, tant en matière de provocation à la commission d'une infraction[427] qu'en matière de provocation à la preuve[428]. Néanmoins, la violation d'une autre disposition de la Convention européenne emporte-t-elle par voie de conséquence la violation de l'article 6 de ladite convention et donc du principe de loyauté de la preuve pénale ? Au regard des arguments précédents, la violation de toute disposition législative doit être considérée comme illicite. La preuve découlant d'une telle violation doit être écartée pour défaut de loyauté. Toutefois, qu'en est-il de la CEDH ?

170. Indépendance anormale des dispositions conventionnelles. La question se pose surtout à l'égard de la violation de l'article 3 de la CESDH interdisant tout recours à la torture et aux actes de barbarie[429]. La violation de la CESDH est immédiatement sanctionnée par la Cour européenne. Toutefois, la violation d'un article de la Convention emportant de manière automatique la violation du droit au procès équitable protégé par l'article 6 de la CESDH ne s'est pas imposé immédiatement. En effet, dans l'affaire Jalloh c/ Allemagne[430], même si la CEDH constate la violation de l'article 3 de la CESDH[431] – dans la mesure où le mis en cause s'était vu administrer de force un vomitif pour régurgiter les produits stupéfiants avalés – elle

[427] V. *supra* n°130
[428] V. *infra* n°188
[429] Art. 3 de la CESDH : *« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».*
[430] CEDH, 11 juill. 2006, Jalloh c/ Allemagne, Req. n°54810/00
[431] §83 de l'arrêt commenté

examine tout de même la violation alléguée de l'article 6 de la CESDH[432] et constate cette violation[433]. Par-là, pour la CEDH, la violation de l'article 3 de la CESDH n'emportait pas de manière automatique la violation de l'article 6 de la même Convention et donc du principe de loyauté de la preuve pénale. De plus, dans un arrêt de 2010[434], pour qu'il y ait violation de l'article 6 de la CESDH, les preuves obtenues en violation de l'article 3 de la Convention doivent avoir *« influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé, autrement dit [aient] eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine »*[435]. Une nouvelle fois, la CEDH a considéré que la violation de l'article 3 n'emportait pas automatiquement la violation de l'article 6 et donc du principe de loyauté de la preuve pénale. L'élément de preuve doit avoir été le seul à fonder la décision du juge : c'est seulement dans ce cas que l'article 3 aurait un impact sur le verdict. Cette approche globale du respect du droit à un procès équitable permet ainsi l'admission de preuves obtenues en méconnaissance d'un article de la Convention européenne. Cela ne signifie pas que l'État ne sera pas sanctionné pour avoir violé une disposition conventionnelle si cette violation fait l'objet d'une requête ; seulement, la preuve qui découlera de cette inobservation ne sera pas nécessairement rejetée dans le cadre d'un procès pénal. Or, il faut bien considérer que les effets d'une violation doivent être censurés, au même titre que la violation elle-même. Si la preuve déloyale et illégale a été obtenue par des actes de barbarie et de la torture, alors, elle doit être désapprouvée comme les actes eux-mêmes. C'est pourquoi, à compter de 2012 la CEDH a changé sa position.

171. Dépendance attendue des dispositions conventionnelles. Depuis 2012, l'utilisation de preuves obtenues par la torture ou actes de barbarie a été qualifiée de déni de justice par la CEDH[436] ; et cela, même lorsque la personne qui a été torturée n'est pas l'accusé lui-même[437]. D'ailleurs, même en cas de doute sur le fait qu'une preuve ait été recueillie en violation de l'article 3 de la Convention, la CEDH adopte une position rigoureuse[438]. Effectivement, dans un arrêt de 2012, la CEDH considérait que l'article 6 de la Convention impose que, dès lors qu'il est démontré qu'il existe un *« risque réel »* que les preuves aient été obtenues en violation de l'article 3 de la Convention, les juges ne retiennent pas ces preuves[439]. Le raisonnement selon

[432] §87 et s. de l'arrêt commenté
[433] §122 et §123 de l'arrêt commenté
[434] CEDH, 1er juin 2010, Gäfgen c/ Allemagne, Req. n°22978/05
[435] §178 de l'arrêt commenté
[436] CEDH, 17 janv. 2012, Othman c/ Royaume-Uni, Req. n°8139/09, §263 et §267 ; *JCP* 2012. 924, obs. F. Sudre, p.1534
[437] *Ibid*.
[438] V. notamment CEDH, 17 oct. 2006, Göçmen c/ Turquie, Req. n°72000/01
[439] CEDH, 25 sept. 2012, El Haski c/ Belgique, Req. n°649/08, §96 et §99 ; *JCP* 2013. 64, obs. F. Sudre, p.94

lequel la démonstration de cette violation doit emporter un doute raisonnable dans l'esprit des juges est censuré par la CEDH. En conséquence, la preuve obtenue par l'autorité publique par des actes de tortures ou de barbarie méconnaît le principe de loyauté de la preuve pénale.
Le même raisonnement peut être tenu au regard des relations entre articles 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 14 du même Pacte, qui sont les équivalents, respectivement des articles 3 et 6 de la CESDH.

172. C'est ainsi que la violation du droit doit être considérée comme une violation du principe de loyauté de la preuve pénale : la mise en œuvre d'une mesure illégale est nécessairement déloyale et illicite. Néanmoins, cela n'empêche pas que le législateur lui-même autorise ou la Convention européenne envisage des preuves déloyales caractérisées par des ingérences de l'autorité publique dans la vie des individus.

§II. La licéité acceptable de modes de preuves par essence déloyaux

173. Nous nous trouvons en pleine incohérence : le principe de loyauté est appliqué avec vigueur à l'égard de l'autorité publique, toutefois, des formes de déloyauté sont autorisées. L'article 8 de la CESDH tolère certaines ingérences des autorités publiques (A) à la condition qu'elles soient légalement encadrées, nécessaires et proportionnées dans une société démocratique (B). De fait, certains instruments déloyaux mais légaux sont consacrés pour *« quêter la vérité »*[440].

A. La déloyauté propre à certains modes de preuve

174. Une déloyauté intrinsèque[441]. Le législateur a consacré la mise en œuvre d'actes pourtant *« empreints d'une forme de déloyauté »*[442]. En effet, une partie de la doctrine estime que la loi aménage *« certains moyens de preuve les plus attentatoires aux libertés individuelles »*[443]. Certaines mesures sont ainsi déloyales parce qu'elles portent atteinte aux droits fondamentaux

[440] C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal*, 2005, p.261
[441] Pour la distinction déloyauté intrinsèque et déloyauté extrinsèque, v. J.-B. Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p.436
[442] P. Le Monnier de Gouville, « Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, 2017, n°710, n° LXB N9929BWN
[443] M. Ract-Madoux, « La loyauté de la preuve en matière pénale : la liberté des preuves », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 15

des individus qui en font l'objet et cela, d'autant plus que ces derniers ne sont pas avertis de la mise en place de telles mesures. C'est notamment le cas au regard du droit au respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance protégé par l'article 8 de la CESDH[444]. Cette déloyauté est ainsi caractérisée par une ingérence de l'autorité publique dans la vie des individus.

175. Définition des modes de preuves licites. L'autorité publique peut s'ingérer sur des lignes informatiques personnelles des individus et relever leurs données[445], intercepter, enregistrer et retranscrire des correspondances émises par la voie des télécommunications[446], capter des paroles et fixer des images dans certains lieux[447] ainsi que déterminer à chaque instant où l'individu se trouve sur le territoire national[448]. La déloyauté de ces mesures leur est inhérente parce qu'elles s'ingèrent dans tous les pans de la vie des individus. Tout ce que l'individu fait, écoute, dit et où il se trouve est observé et conditionné dans un procès-verbal de retranscription. De plus, la déloyauté est aussi caractérisée en ce que ces mesures sont mises en œuvre sans le consentement des intéressés. L'autorité publique peut aussi se faire passer pour ce qu'elle n'est pas auprès de personnes suspectées d'une infraction punie d'une peine d'emprisonnement par le mécanisme d'infiltration[449]. Comme l'enquête sous pseudonyme, la déloyauté est caractérisée en ce que la mesure constitue une véritable tromperie. La surveillance[450] connaît une déloyauté légèrement plus superficielle dans la mesure où elle n'établit pas de contact direct avec l'individu : la tromperie est moins prononcée.
C'est en raison de la ruse, de l'ingérence, de la tromperie ou du mensonge de ces modes de preuves qu'ils sont déloyaux et portent atteinte aux droits et libertés des individus[451].

176. La licéité plus large que la légalité. C'est ainsi que les modes de preuves déloyaux sont licites : la licéité est un terme plus large que la légalité[452]. Elle englobe le respect des règles générales relatives à la preuve ainsi que les règles légales. Les modes de preuves sont dits licites parce que légaux mais déloyaux : leur déloyauté est validée par le législateur. On envisage ici

[444] Art. 8, 1°, de la CESDH : *« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».*
[445] Art. 706-102-1 et s. du c. pro. pén.
[446] Art. 100 et s. et art. 706-95 du c. pro. pén.
[447] Art. 706-96 et s. du c. pro. pén.
[448] Art. 230-32 alinéa 1er du c. pro. pén.
[449] Art. 706-81 alinéa 2 du c. pro. pén.
[450] Art. 706-80 du c. pro. pén.
[451] V. notamment P. Le Monnier de Gouville, « Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, 2017, n°710, n° LXB N9929BWN
[452] E. Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *D.*, 2014, p.407

uniquement la mise en œuvre d'un seul mode de preuve et non pas une combinaison de ceux-ci ; le cas contraire sera envisagé ultérieurement[453].

177. Les modes de preuve ainsi listés constituent des ingérences leur offrant un caractère déloyal : le principe de loyauté de la preuve pénale ne s'applique pas dans ce cas. La volonté du législateur prime ainsi sur le principe jurisprudentiel. Toutefois, pour que les modes de preuve soient licites, ils doivent être prévus par la loi et nécessaires.

B. La protection du caractère déloyal d'une preuve pénale par la Convention européenne

178. Le principe de loyauté de la preuve pénale est dans ce cadre inexistant. Cependant, il résulte de l'article 8, 2° de la CESDH que l'ingérence de l'autorité publique – autrement dit, le mode déloyal de la preuve pénale – doit non seulement être prévue par la loi (1) mais aussi nécessaire dans une société démocratique (2).

1. La prévisibilité obligatoire des mesures déloyales

179. La déloyauté prévue par la loi. En conformité avec la jurisprudence européenne, le législateur a mis en place certains modes de preuves par lesquels l'autorité publique s'ingère dans la vie privée et familiale des individus[454]. Effectivement, il avait déjà valu à la France plusieurs condamnations pour défaut de *« garanties adéquates contre divers abus »*[455] : les écoutes téléphoniques, n'étant pas prévues par la loi, le juge d'instruction ne pouvait les ordonner que dans le strict respect des droits de la défense et du principe de loyauté[456]. C'est ainsi que la loi de juillet 1991[457] est intervenue afin de donner un cadre légal, et général, aux interceptions de correspondances par voie de communication électronique. Peu de temps après, le législateur[458] consacrait un autre mode de preuve déloyal, les opérations de surveillance, par des livraisons surveillées et contrôlées, en matière de trafics de stupéfiants. Ce reproche relatif

---

[453] V. *infra* n°185 et s.
[454] J. Buisson, « L'audition sous hypnose est interdite. Est permis l'enregistrement, au parloir d'une maison d'arrêt, de propos tenus entre des mis en examen et leurs proches », *Procédures*, 2001, n°3, comm. 70
[455] CEDH, 24 avr. 1990, Kruslin c/ France, Req n°11801/85 ; *D*. 1990. 353, note J. Pradel ; *ibid*. 187, chron. R. Koering-Joulin ; *RSC* 1990. 615, obs. L.-E. Pettiti ; *RTD civ*. 1991. 292, obs. J. Hauser ; CEDH, 24 avr. 1990, Huvig c/ France, Req. n°11105/84 ; *RSC* 1990. 615, obs. L.-E. Pettiti
[456] A. Maron, « Mais où sont les neiges d'antan ? », *Droit pénal*, 2007, n°6, comm. 91
[457] Loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques
[458] Loi n°91-1264 du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants

à l'absence de garanties adéquates se retrouvait aussi en matière de sonorisation : il y a aussi violation de l'article 8 de la CESDH lorsque la loi française *« n'indique pas avec assez de clarté la possibilité d'ingérence par les autorités dans la vie privée des détenus »*[459]. Par la suite, le mouvement relatif à la consécration des modes de preuves déloyaux s'est accéléré par la loi Perben II[460], la loi du 14 mars 2011[461], celle du 13 novembre 2014[462], la loi du 28 mars 2014[463] et celle du 9 décembre 2016[464]. Pour résumer succinctement, l'ingérence de l'autorité publique n'est pas dépourvue de son caractère déloyal, elle est simplement autorisée par la loi. Le critère de licéité vient ainsi neutraliser le défaut de loyauté de la preuve pénale : en consacrant un mode de preuve pénal, son caractère déloyal est neutralisé par la loi.

180. Sanction de l'imprévisibilité légale de la déloyauté. La déloyauté de ces modes de preuves est tellement intense que lorsque l'autorité publique n'en respecte pas les conditions, la chambre criminelle rejette la preuve pénale qui découle du mode en cause. C'est le cas lorsque les forces de l'ordre avaient mis en place un dispositif permettant de *« photographier clandestinement, au moyen d'un téléobjectif, les plaques d'immatriculation des véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée non visible de la voie publique »*[465] mais aussi lorsqu'un procureur de la République ne pouvait, sans autorisation d'un juge d'instruction, mettre en place une opération de géolocalisation[466] : seules les preuves déloyales entrant dans

[459] CEDH, 20 déc. 2005, Wisse c/ France, Req. n°71611/01 ; *AJ Pénal* 2006. 128, obs. J.-P. Céré ; *D*. 2006. 764, note D. Roets ; *RSC* 2006. 423, obs. P. Poncela ; *ibid*. 662, chron. F. Massias ; *ibid*. 2007. 607, obs. J. Buisson ; V. notamment CEDH, 25 sept. 2001, PG et JH c/ Royaume-Uni, Req. n°44787/98 ; *JDI* 2002, p. 301

[460] La loi n°2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II, a consacré, en matière de criminalité et de délinquance organisées, la sonorisation et fixation d'images de certains lieux ou véhicules, la surveillance, les infiltrations et les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications et du recueil des données techniques de connexion.

[461] La loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite LOPPSI II, a permis la mise en place des captations des données informatiques en matière de criminalité organisée.

[462] La loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a autorisé les enquêtes sous pseudonyme dans le cadre de la criminalité organisée et aux infiltrations sur internet.

[463] La loi n°2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation a consacré, en droit commun, les opérations de géolocalisation au profit du procureur de la République. Auparavant, le droit n'appartenait qu'au juge d'instruction.

[464] La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a étendu la possibilité de mettre en place des infiltrations en matière de délinquance financière.

[465] Cass. crim., 21 mars 2007, *Bull. crim.* n°89 ; *D*. 2007. 1024, obs. A. Darsonville et 1817, chron. D. Caron, S. Ménolli ; *RSC* 2007. 841, obs. R. Finielz et 897, obs. J.-F. Renucci ; *AJ Pénal* 2007. 286, obs. G. Royer ; V. notamment Cass. crim., 27 mai 2009, *Bull. crim.* n°108 ; *AJ Pénal* 2009. 367, obs. L. Ascenci ; *D*. 2009. 1697, obs. C. Girault ; *ibid*. 2238, obs. J. Pradel ; *RSC* 2009. 595, obs. Y. Mayaud ; *ibid*. 866, obs. R. Finieltz ; *ibid*. 899, obs. J. Buisson ; *Procédures* 2009. comm. 284, note J. Buisson ; *Droit pénal* 2009. comm. 114, note A. Maron et M. Haas

[466] V. notamment Cass. crim., 22 nov. 2011, *Bull. crim.* n°234 ; Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n°197

le champ prévu par la loi sont admises[467]. Ainsi, si certains modes de preuves déloyaux sont licites, la jurisprudence reste cantonnée à cette circonstance. Une lecture étendue du principe de loyauté de la preuve pénale doit nous amener à considérer que les modes de preuves intrinsèquement déloyaux doivent être encadrés par la loi ; surtout à l'égard de l'autorité publique pour éviter des abus à la suite de l'utilisation de ses pouvoirs coercitifs. En ne respectant pas les conditions imposées par le législateur ou la CESDH, l'autorité publique adopte un comportement déloyal entachant la preuve pénale de déloyauté.
La consécration légale d'un mode déloyal de recueil des preuves pénales est une des conditions imposées par la Convention européenne. Toutefois, pour que la preuve pénale déloyale ne soit pas refusée, sa déloyauté doit aussi être nécessaire dans une société démocratique.

2. Une déloyauté nécessaire (et proportionnée) dans une société démocratique

181. Justification de la déloyauté inhérente à la preuve pénale. Cette déloyauté caractérisée par les ingérences de l'autorité publique pour obtenir des éléments de preuves à l'encontre des individus dans l'exercice de leur droit est justifiée seulement dans certains cas : l'ingérence doit constituer *« une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »*[468]. Le principe de loyauté de la preuve pénale peut ainsi subir des entorses en raison de ces objectifs. En effet, cela semble logique de ne pas l'ériger à un seuil absolu : une marge de manœuvre doit être laissée au législateur pour permettre la mise en œuvre par l'autorité publique de modes de preuve déloyaux.

181.1. La déloyauté de la preuve face à la délinquance particulière. Les modes de preuves déloyaux sont nécessaires pour combattre des formes de délinquance particulièrement complexes : plus il est difficile de découvrir des infractions et d'arrêter les auteurs, plus il est nécessaire de recourir à des preuves déloyales, et cela, dans un souci d'efficacité. C'est pourquoi, en accord avec Aurélie Bergeaud-Wetterwald, *« la recherche de la vérité et la nécessité de faire face aux évolutions de la criminalité font que bon nombre d'actes*

[467] V. notamment Cass. Ass. plén. 24 nov. 1989, *Bull.* n°440 ; Cass. crim., 1er mars 2006, *Bull. crim.* n°59 ; *D.* 2006. 1504, note J. Pradel ; *AJ Pénal* 2006. 222, obs. J.-P. Céré ; *RSC* 2007. 611, obs. J. Buisson
[468] Art. 8, 2°, de la CESDH

d'investigation légalement prévus sont intrinsèquement clandestins »[469]. L'ingérence est donc cantonnée à certains domaines particuliers[470].

181.2. Nécessité et proportionnalité de la déloyauté de la preuve pénale. La question de la nécessité sous-tend celle de la proportionnalité. La déloyauté dans l'ingérence de l'autorité publique doit non seulement être nécessaire à ces hypothèses mais ne pas être mise en œuvre de n'importe quelle manière. Le législateur n'a pas seulement et simplement consacré ces modes de preuves déloyaux, il les a aussi strictement encadrés. Le principe de loyauté de la preuve pénale impose de telles exigences : poser des conditions aberrantes reviendrait à autoriser des preuves pénales déloyales portant une atteinte trop intense aux droits des individus. C'est pourquoi il est important que les modes de preuves soient aussi bien nécessaires que proportionnés aux objectifs ci-dessus.

Ainsi, à travers l'exemple de la criminalité organisée, c'est en raison du degré d'atteinte à la vie privée de l'individu que la mesure de sonorisation et de fixation d'images[471] doit être autorisée et motivée par le juge d'instruction et parfois par le juge des libertés et de la détention[472]. Aussi, l'infiltration doit aussi être autorisée et spécialement motivée, mais par le procureur de la République[473]. La preuve déloyale sera matérialisée par un rapport contenant *« les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions et ne mettant pas en danger la sécurité de l'agent infiltré et des personnes requises »*[474] : on retrouve une certaine proportionnalité dans la recherche de la vérité et donc dans la tromperie matérialisée par le procès-verbal d'infiltration.

En droit commun, les interceptions de correspondances s'effectuent après autorisation du juge d'instruction dès lors que l'infraction est punie d'une peine supérieure à deux ans d'emprisonnement[475] : la preuve qui en découlera devra être *« utile à la manifestation de la vérité »*[476]. De la même manière, pour cantonner les effets de la déloyauté d'une géolocalisation, celle-ci est admise que pour certains cas précis[477].

---

[469] A. Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014) », *Droit pénal*, 2014, n°4, étude 7

[470] En matière sanitaire et environnementale (art. 706-2-2 et 706-2-3 du c. pro. pén.), en matière de criminalité organisée (art. 706-73 et s. du c. pro. pén.), en matière d'infractions sexuelles (art. 706-47-3 du c. pro. pén.) et en matière de trafics de stupéfiants (art. 706-32 du c. pro. pén.).

[471] Art. 706-96 et s. du c. pro. pén.

[472] Lorsqu'il s'agit d'installer un tel système dans un lieu d'habitation entre 21h et 6h.

[473] Art. 706-81 alinéa 1 du c. pro. pén.

[474] Art. 706-81 du c. pro. pén.

[475] Art. 100 du c. pro. pén.

[476] Art. 100-5 du c. pro. pén.

[477] V. art. 230-32 du c. pro. pén. et art. 230-33 du c. pro. pén.

182. Contrairement à la preuve obtenue en méconnaissance de la loi ou d'un traité international, la déloyauté d'une preuve est autorisée seulement si elle est licite. Toutefois, le principe de loyauté de la preuve pénale souffre d'un paradoxe : *« un acte peut être qualifié de déloyal alors qu'il est intervenu dans le respect de la loi tandis que le recours à des procédés a priori déloyaux peut être légal, pour peu que le législateur soit intervenu afin d'en régler les modalités »*[478]. En effet, si la déloyauté intrinsèque est autorisée, celle extrinsèque[479] est censurée par la jurisprudence. Nous ne nous situons pas dans une incohérence dans l'application du principe de loyauté de la preuve pénale ; seulement, la jurisprudence applique fermement ce principe, même dans le respect des formalités légales.

Section 2 : La déloyauté indépendante du respect des règles légales, une position jurisprudentielle contraignante

183. La loyauté de la preuve pénale retrouve sa valeur de principe : l'autorité publique, entendue au sens large, est tenue de rechercher et provoquer la preuve loyalement. À travers sa jurisprudence, la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé en quoi une preuve déloyale était le fruit d'un stratagème (§I) portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux des mis en cause (§II).

§I. Le stratagème, élément caractéristique de la déloyauté de la preuve pénale

184. Le principe de loyauté de la preuve pénale vient neutraliser le stratagème mis en œuvre par l'autorité publique. Ce stratagème est le seuil de référence[480] de la déloyauté de la preuve pénale. Il peut aussi bien être caractérisé par une combinaison de mesures spécifiques (A) que l'adoption d'un comportement actif déloyal (B).

[478] Ph. Conte, « La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 12
[479] Pour la distinction déloyauté intrinsèque et extrinsèque, v. J.-B. Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p.436
[480] Ph. Conte, « La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 12

A. La déloyauté caractérisée par la combinaison de mesures d'investigations

185. La notion de stratagème est une notion récente (1) qui s'est surtout imposée en matière de sonorisation de cellules contigües de garde à vue (2). À travers cette notion, le principe de loyauté de la preuve pénale s'impose pleinement, bien qu'il aurait pu être reconnu en matière de détention provisoire.

1. La naissance de la notion de stratagème, un critère récent en matière de provocation à la preuve

186. Une notion connue. Rappelons qu'en matière de provocation à l'infraction, le fameux arrêt Schuller du 27 février 1996 dans lequel la chambre criminelle de la Cour de cassation retient que la *« machination de nature à déterminer ses agissements délictueux »* constitue un *« stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité »* qui *« a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves »*[481].

187. Prémisses de la notion de stratagème dans la recherche de la preuve. Si l'emploi de la ruse lors de la recherche de la preuve peut être acceptée, le stratagème est prohibé par les juges. La ruse accentuée a longtemps été censurée par la jurisprudence, sans pourtant se voir donner un nom spécifique à sa déloyauté[482]. La notion de stratagème est récente en matière de provocation à la preuve pénale. Avant sa consécration en la matière, la chambre criminelle faisait référence plus classiquement à des *« procédés frauduleux »*[483] ou *« procédé déloyal »*[484]. Ces types de procédés consistent dans une ruse par lequel l'autorité publique va tenter d'obtenir une preuve pénale qu'elle n'aurait pu recueillir sans cet artifice. Ce type de comportement entachera la preuve de déloyauté et méconnaîtra le principe de loyauté de la preuve pénale. La

[481] Cass. crim., 27 févr. 1996, arrêt Schuller, *Bull. crim.* n°93 ; *D*. 1996. 346, note C. Guéry ; *RSC* 1996. 689, obs. J.-P. Dintilhac

[482] V. notamment Cass. ch. réun., 31 janv. 1888, arrêt Wilson ; *S.* 1889. 1. 241 ; Cass. crim., 12 juin 1952, arrêt Imbert, *Bull. crim.* n°153 ; *S.* 1954, 1, p.69 note A. Legal ; Cass. crim., 9 oct. 1980, arrêt Tournet, *Bull. crim.* n°153 ; *JCP* 1980, IV, p. 414

[483] V. notamment Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* n°381 : constitue un procédé frauduleux un vol de documents par un particulier à l'instigation des douaniers.

[484] V. notamment Cass. crim. 3 avr. 2007, *Bull. crim.* n°102 : caractérise un procédé déloyal le fait pour un OPJ de retranscrire des déclarations dans un procès-verbal ne nécessitant pas la signature du déclarant afin de contourner la difficulté selon laquelle ce dernier ne souhaitait pas voir ses déclarations consignées. L'OPJ *« a usé de la ruse afin de faire éclater la vérité »* : G. Royer, « L'obligation de loyauté de l'officier de police judiciaire dans la rédaction des procès-verbaux d'interrogatoire durant l'enquête », *AJ Pénal*, 2007, p.285

jurisprudence rejettera ainsi la preuve du procès pénal. D'ailleurs, cette notion de stratagème s'est illustrée en matière de sonorisation de cellules contigües de garde à vue.

2. L'apport indéniable en matière de loyauté de la jurisprudence relative à la garde à vue

188. L'affirmation de la prohibition du stratagème. C'est à travers une jurisprudence spécifique que le principe de loyauté de la preuve pénale sera honoré par la censure du stratagème élaboré par l'autorité publique dans la recherche de la preuve. Dans l'affaire connue de janvier 2014[485], on se trouvait face, pour la première fois, à l'hypothèse de la sonorisation de cellules de garde à vue contigües, au cours de laquelle un des gardés à vue s'était incriminé des faits reprochés. Le gardé à vue a critiqué, sur le fondement du principe de loyauté de la preuve pénale, la sonorisation en considérant que *« mise en œuvre durant une mesure de garde à vue, [elle] constitue un stratagème actif de la part des autorités policières et judiciaires »*[486]. La déloyauté est caractérisée en ce que le mis en cause ne souhaitait ni ne savait que ces paroles étaient écoutées par les forces de l'ordre. Les juges du fond[487] estiment que, les règles procédurales relatives à la sonorisation et à la garde à vue ayant été respectées, le résultat de la combinaison de ces mesures ne pouvait être déloyal. Deux attendus de principe de la Cour de cassation sont à distinguer. Le principe général est celui rendu au visa des articles 6 de la CESDH, préliminaire du Code de procédure pénale et du principe de loyauté des preuves : *« porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique »*. La chambre criminelle ne vise de manière explicite uniquement l'autorité publique, excluant par-là les personnes privées du principe de loyauté de la preuve pénale. Il faut alors approuver la doctrine qui retient que cet arrêt *« marque, si ce n'est un tournant, du moins un renforcement de l'exigence de loyauté vis-à-vis des autorités publiques »*[488].

189. Définition du stratagème (apport n°1) : la conjugaison d'actes d'investigations. La portée spécifique de l'arrêt est celle selon laquelle *« la conjugaison des mesures de garde à*

[485] Cass. crim., 7 janv. 2014, *Bull. crim.* n° 1 ; *Dalloz actualité*, 27 janv. 2014, obs. S. Fucini ; *ibid*., 9 janv. 2014, obs. A. Portmann ; *D*. 2014. 407, note E. Vergès ; *ibid*. 264, entretien S. Detraz ; *ibid*. 1736, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2014. 194, obs. H. Vlamynck ; *RSC* 2014. 130, obs. J. Danet ; *Droit pénal* 2014, étude 7, A. Bergeaud-Wetterwald ; *JCP G* 2014, 272, A. Gallois ; *Droit pénal* 2014, comm. 32, A. Maron et M. Haas

[486] *Ibid*.

[487] CA Versailles, ch. ins., 4 juill. 2013

[488] A. Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014) », *Droit pénal*, 2014, n°4, étude 7

vue, du placement [des mis en cause] dans des cellules contigües et de la sonorisation des locaux participait d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a amené [l'un d'eux] à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue »[489]. Un contenu est donné à la notion de stratagème : il s'agit de la combinaison de deux actes d'investigations. La chambre criminelle opère une appréciation in concreto des faits[490] qui s'inscrit dans une logique arithmétique selon laquelle *« l'addition de plusieurs actes légaux produit un résultat déloyal »*[491]. Une nouvelle déloyauté est donc censurée par la jurisprudence : c'est notamment le cas lorsqu'il y a contournement[492] des garanties légales[493] et lorsque l'autorité publique *« fait servir les temps de repos à autre chose que ce pourquoi ils sont prévus »*[494].

190. Consécration effective du contrôle de licéité[495]**.** Si le respect des règles légales n'évince pas toute inobservation du principe de loyauté dans la recherche de la preuve pénale, alors cela signifie que le contrôle de légalité est insuffisant[496]. En conséquence, tous les modes de preuves légalement prévus devront faire l'objet non plus seulement d'un contrôle de légalité mais en outre un contrôle de licéité ; la légalité renvoie à la conformité d'une preuve à la disposition légale qui la consacre tandis que la licéité renvoie au respect des principes généraux, dont le celui de loyauté de la preuve pénale. Les preuves nommées doivent respecter aussi bien les conditions légales imposées par leur régime juridique que les principes généraux du droit : elles sont ainsi soumises au contrôlé de licéité. Au contraire, les preuves non-prévues par la loi, ne devront satisfaire qu'aux principes généraux. Toutefois, cette autonomie[497] du principe de loyauté est contraignante pour l'autorité publique, qui voit ses possibilités de rechercher une

[489] Cass. crim., 7 janv. 2014, *Bull. crim.* n° 1 ; *Dalloz actualité*, 27 janv. 2014, obs. S. Fucini ; *ibid*., 9 janv. 2014, obs. A. Portmann ; *D*. 2014. 407, note E. Vergès ; *ibid*. 264, entretien S. Detraz ; *ibid*. 1736, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2014. 194, obs. H. Vlamynck ; *RSC* 2014. 130, obs. J. Danet ; *Droit pénal* 2014, étude 7, A. Bergeaud-Wetterwald ; *JCP G* 2014, 272, A. Gallois ; *Droit pénal* 2014, comm. 32, A. Maron et M. Haas

[490] A. Maron et M. Haas, « Un stratagème couvert d'une feuille de vigne légale », *Droit pénal*, 2014, n°2, comm. 32

[491] A. Gallois, « Loyauté des preuves pénales : la Cour de cassation est-elle allée trop loin ? », *JCP G*, 2014, n°9, jurispr. 272

[492] P. De Combles de Nayves, « A la recherche de la loyauté », *AJ Pénal*, 2016, p.115

[493] V. *infra* n°209

[494] J. Danet, « Principe de loyauté des preuves et sonorisation de cellules de garde à vue », *RSC*, 2014, p.130

[495] V. notamment E. Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *D.*, 2014, p.407 ; P. Le Monnier de Gouville, « Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, 2017, n°710, n° LXB N9929BWN ; J.-B. Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p.436

[496] V. notamment A. Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014) », *Droit pénal*, 2014, n°4, étude 7

[497] *Ibid*.

preuve pénale réduites. L'autorité publique doit désormais déterminer si, même en cas de respect des règles légales, son action ne sera pas déloyale et donc si la preuve qui en découlera le sera aussi.

191. Remise en cause des notions de « conjugaison » et de « stratagème » ? À la suite de la persistance des juges du fond[498] à considérer qu'il n'y avait point de déloyauté en raison du respect de la loi, l'Assemblée plénière[499] reprend avec rigueur et en des termes identiques l'attendu général de l'arrêt de la chambre criminelle de 2014. Puis, elle vérifie la conformité de l'appréciation des faits d'espèce par les juges du fond à cette règle générale : elle ne fera référence ni au terme de conjugaison, ni à celui de stratagème. Il ne s'agit pas d'une atténuation dans la portée de ces termes particuliers, seulement, la Cour de cassation préfère rester sobre en décrivant la preuve déloyale comme issue d'un procédé déloyal d'enquête. La Cour de cassation alterne simplement entre cette dernière expression et celle de stratagème. Ainsi, et de manière générale, tout stratagème ou procédé déloyal d'enquête porte atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale. Cependant, la reconnaissance d'un stratagème dans la sonorisation de cellules contigües de garde à vue ne se retrouve pas dans la sonorisation de parloirs de maison d'arrêt.

192. L'absence de stratagème de la sonorisation de parloirs de maison d'arrêt. En 2000[500], la chambre criminelle avait admis la sonorisation des parloirs de maisons d'arrêt avant d'être censurée par la CEDH[501]. Cependant, ultérieurement, les juges internes ont suivi la ligne directrice qu'ils avaient déjà posé sans prendre en compte ni la position des juges européens, ni celle à l'égard de la sonorisation de cellules contigües de garde à vue. En effet, la chambre criminelle ne s'en tient qu'à la légalité de la sonorisation : *« les conditions et formes prévues par les articles 706-96 à 706-102 du Code de procédure pénale »*[502]. De fait, le contrôle de licéité imposé par la jurisprudence en matière de garde à vue ne se retrouve pas en matière de parloirs de maison d'arrêt. La chambre criminelle confirmera sa position[503].

---

[498] CA Paris, ch. ins., 5 juin 2014

[499] Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, *Bull*. n°2 ; *D*. 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid*. 1738, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2015. 362, note C. Girault ; *RSC* 2015. 117, obs. P.-J. Delage, et 971, chron. J.-F. Renucci ; *Gaz. Pal.* 21 mars 2015. 10, note S. Raoult

[500] Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim*. n°369 ; *D*. 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing

[501] CEDH, 20 déc. 2005, Wisse c/ France, Req. n°71611/01 ; *AJ Pénal* 2006. 128, obs. J.-P. Céré ; *D*. 2006. 764, note D. Roets ; *RSC* 2006. 423, obs. P. Poncela ; *ibid*. 662, chron. F. Massias ; *ibid*. 2007. 607, obs. J. Buisson

[502] Cass. crim., 1er mars 2006, *Bull. crim.* n°59 ; *D*. 2006. 1504, note J. Pradel ; *AJ Pénal* 2006. 222, obs. J.-P. Céré ; *RSC* 2007. 611, obs. J. Buisson

[503] Cass. crim., 17 mars 2015, *Bull. crim.* n°54 ; *D*. 2015. 1395, chron. G. Barbier, B. Laurent et G. Guého ; *AJ Pénal* 2015. 552, obs. G. Roussel ; *RSC* 2015. 405, obs. D. Boccon-Gibod

Ainsi, contrairement à ce que pouvait penser une partie de la doctrine[504], la solution adoptée en 2006 n'était pas remise en cause par la jurisprudence ultérieure du 7 janvier 2014 et du 6 mars 2015. Elle vient confirmer le point de rupture entre la conjugaison des mesures de sonorisation et de garde à vue et la mise en place d'une sonorisation dans les cellules de maison d'arrêt ; d'autant plus qu'il intervient quelques jours après l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation. Pourtant, en l'espèce, il y ait une conjugaison entre la sonorisation, le placement d'un premier mis en examen dans une cellule de maison d'arrêt et l'arrivée d'un codétenu étranger à la procédure. Or, cet arrêt doit être et a été salué par un auteur[505] qui a confirmé que la jurisprudence applicable aux gardes à vue ne saurait trouver application en matière de cellules de maison d'arrêt : l'absence de stratagème renvoie à l'absence de conjugaison de deux actes d'investigation. Selon lui, dès lors que la sonorisation est effectuée en même temps qu'une détention provisoire, il ne peut y avoir déloyauté et stratagème : cette dernière étant une mesure de sureté, il n'y a pas conjugaison de deux actes d'investigations.
Pour autant, cette justification ne peut être satisfaisante car il y a réellement une manigance de l'autorité publique dans la recherche d'aveux. La déloyauté est présente, même si la conjugaison de mesures ne porte pas sur des mesures d'investigation. Il s'agit là d'une incohérence dans l'inapplication du principe de loyauté de la preuve pénale : il aurait dû s'appliquer. Toutefois, cette incohérence sera justifiée au regard des droits de la défense[506].

193. La notion de stratagème revêt en elle-même une dimension péjorative renvoyant à un comportement déloyal de l'autorité publique. Dans le cadre de la sonorisation de cellules de garde à vue, un contournement des garanties légales doit aussi être pris en compte pour que le stratagème soit constitué entièrement ; cela sera précisé ultérieurement[507]. D'ailleurs, le stratagème se retrouve lorsque l'autorité publique adopte un comportement actif dont la ruse est trop prononcée.

B. La censure jurisprudentielle du comportement actif de l'autorité publique

194. La sonorisation d'une cellule de garde à vue correspond à un stratagème constitutif d'un comportement actif de l'autorité publique. Mais pour autant tout comportement de l'autorité

[504] V. notamment J. Danet, « Principe de loyauté des preuves et sonorisation de cellules de garde à vue », *RSC*, 2014, p.130
[505] S. Fucini, « Sonorisations en maison d'arrêt : absence de caractère déloyal », *Dalloz actualité*, 3 avril 2015
[506] V. *infra* n°201 et s.
[507] *Ibid*.

publique dans la recherche des preuves pénales ne correspondra pas nécessairement à un stratagème[508]. Le principe de loyauté de la preuve pénale permet une certaine ruse. Celle-ci ne sera pas qualifiée de stratagème, et la preuve pénale en découlant ne sera pas refusée, dès lors que l'autorité publique adopte un comportement passif dans le recueil de cette preuve (1). En revanche, la preuve recueillie par une personne privée et par l'autorité publique, en raison de sa participation active directe ou indirecte, sera censurée par la jurisprudence en raison du principe de loyauté de la preuve pénale (2).

1. Le comportement passif de l'autorité publique, éviction de tout stratagème

195. Point de déloyauté par abstention[509]. Lorsque l'autorité publique ne fait que 'laisser-faire', alors aucun stratagème ne peut lui être reproché, même dans le cadre d'une écoute téléphonique opérée à partir du téléphone portable d'un détenu depuis son lieu de détention. Dans un arrêt de 2015[510], la chambre criminelle a retenu que l'écoute des correspondances du détenu *« à partir de son lieu de détention a été obtenu sans actes positifs de l'autorité publique susceptibles de caractériser un stratagème constituant un procédé déloyal »*[511]. En effet, il ne peut être reproché à l'autorité publique un acte positif puisqu'elle n'a pas introduit le téléphone dans la maison d'arrêt, ni contrôlé les communications du détenu[512]. Néanmoins, l'autorité publique n'a pas fait cesser l'interdiction selon laquelle un détenu ne peut avoir des conversations en dehors des permissions, comme le soutien le moyen au pourvoi. Or, la ruse passive est admise : l'autorité publique n'a pas atteint le degré d'artifice pouvant constituer le stratagème contraire au principe de loyauté de la preuve pénale. Le stratagème se matérialise donc par un comportement actif. Au moins, de ce point de vue, la solution jurisprudentielle n'est pas contraignante vis-à-vis de l'action de l'autorité publique et ne l'a restreint pas dans la recherche des preuves pénales.

En retenant ce critère, la chambre criminelle semble prendre le même chemin que celui pris s'agissant des provocations de la commission à l'infraction[513].

---

[508] V. notamment Cass. crim., 17 déc. 2002, *Bull. crim*. n°231 ; *Gaz. Pal*., 23 mai 2003, p. 17 concl. D. Commaret, note A. Damien et O. Echappé ; Cass. crim. 22 avr. 1992, *Bull. crim*. n°169 ; *D*. 1995, p.59 note H. Matsopoulou

[509] O. Décima, « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D.*, 2018, p.103

[510] Cass. crim., 14 avr. 2015, *Bull. crim.* n°87 ; *JCP G*, 2016, n°27, p.789, O. Décima

[511] *Ibid*.

[512] V. notamment S. Fucini, « Écoutes téléphoniques et respect du principe de loyauté », *Dalloz actualité*, 12 mai 2015

[513] V. *supra* n°128 et s.

196. Une jurisprudence passée sous silence. La Cour de cassation n'a pas retenu l'existence d'un quelconque stratagème dans son arrêt de 2014[514] ; et elle a bien fait de ne pas le publier tant sa solution est critiquable. Des diplomates et agents de la Direction de la surveillance du territoire (DST) ont interrogé des détenus français à Guantanamo en se faisant passer pour des individus travaillant dans l'humanitaire. Par la suite, une enquête puis une information ont été ouvertes. Les auditions ont continué dans les mêmes conditions ; sans oublier le fait que les détenus avaient aussi fait l'objet d'actes de tortures et de barbarie durant leur détention. Plusieurs arrêts sont intervenus[515]. Le but des auditions était de déterminer si les ressortissants français avaient participé aux attentats de septembre 2001 : les preuves issues des auditions étaient donc pénales. Bien que le fait que de tels agents auraient dû être considérés comme partie intégrante de l'autorité publique, il y a bien eu stratagème mis en place. La Cour de cassation n'a pas reconnu un quelconque stratagème alors même qu'il y avait bien eu un comportement actif des agents. Un professeur relève qu'il y a eu *« recours à un stratagème qui a consisté à duper les prévenus en leur présentant les « missions » comme « purement humanitaires » »*[516] alors même qu'ils étaient déjà considérés comme des suspects. Le principe de loyauté de la preuve pénale n'était ainsi pas méconnu lorsque les agents de la DST se sont fait passer pour ce qu'ils n'étaient pas.

Les différentes solutions jurisprudentielles successives, en faisant référence aux attentats du 11 septembre 2001, révèlent ainsi surtout l'existence d'un *« droit pénal de l'ennemi »*[517] extrêmement dérogatoire au droit commun.

Cette jurisprudence restera isolée : de manière générale, un comportement actif est toujours exigé pour caractériser un stratagème de l'autorité publique. Cela devrait être de même lorsqu'elle participe à l'obtention d'une preuve par une personne privée.

[514] Cass. crim., 3 sept. 2014, pourvoi n°11-83.598

[515] Un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris du 4 octobre 2005, un arrêt de la chambre criminelle du 18 janvier 2006, un arrêt du tribunal correctionnel de Paris le 19 décembre 2006, un jugement de la Cour d'appel de Paris du 24 février 2009, un arrêt de la chambre criminelle du 17 février 2010, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 mars 2011 et enfin l'arrêt commenté de la chambre criminelle du 3 septembre 2014.

[516] O. Cahn, « Procès équitable : la Chambre criminelle tend à nouveau les verges à la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal*, 2014, p.577

[517] G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p.7

2. Le rejet logique de toute participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention d'une preuve par une personne privée

197. Participation passive excluant toute déloyauté dans la preuve pénale. Jean Pradel avait pu relever[518] une troisième forme de loyauté à travers la jurisprudence relative à l'affaire du Roi du Maroc, à savoir la participation de l'autorité publique dans la confection d'une preuve obtenue par une personne privée[519]. Pourtant, il semblerait que cette troisième forme de loyauté avait déjà émergé en 2008. Dans l'affaire de 2008[520], un promoteur s'était vu solliciter par un membre d'un conseil général de l'argent en contrepartie de la réalisation de son projet. Ce premier a prévenu les gendarmes du lieu de remise de l'argent ainsi que les numéros de billets afin qu'ils puissent avoir les preuves de la commission d'une infraction. La chambre criminelle retient que *« l'intervention des gendarmes a eu pour seul effet de permettre la constatation d'une infraction dénoncée par le plaignant et dont ils n'ont pas déterminé la commission »*[521] et approuve ainsi les juges du fond[522]. La Cour de cassation ne reconnaît aucun comportement actif et, donc, logiquement aucun stratagème rendant une preuve pénale déloyale[523].

198. Participation indirecte rendant déloyale la preuve pénale. Dans l'affaire de 2016, l'avocat du Roi du Maroc avait enregistré une conversation à l'insu de son interlocuteur, des journalistes tentant d'obtenir de l'argent contre la non-publication d'un livre critique à l'égard du souverain. Une plainte ayant été déposée à l'appui de l'enregistrement, une enquête préliminaire a été ouverte ; l'avocat tenait informé l'autorité publique des rendez-vous et des enregistrements suivants avec les journalistes. L'un des rendez-vous a permis l'arrestation des journalistes par l'autorité publique. La demande en nullité pour défaut de loyauté porte donc sur ces enregistrements et ne concerne pas le premier, réalisé avant la connaissance par l'autorité publique des faits de chantage[524]. La question était donc de savoir si les policiers

---

[518] J. Pradel, « La mutation de la procédure pénale », *in La métamorphose de la procédure pénale*, Conférence organisée par l'ISPEC de l'Université Aix-Marseille, 28 novembre 2017

[519] V. notamment V. Lesclous, « Enquête préliminaire », *J.-Cl. Procédure pénale*, 1er février 2012, fasc. n°20, n°44 et s.

[520] Cass. crim., 16 janv. 2008, *Bull. crim.* n°14 ; *D*. 2008. 2757, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2008. 148 ; *RSC* 2008. 367, obs. R. Finielz ; *AJ Pénal* 2008. 148, obs. M.-E. Charbonnier

[521] *Ibid*.

[522] CA Mamoudzou, ch. ins., 4 oct. 2007

[523] V. notamment C. Gayet, « Application du principe de loyauté de la preuve en matière de trafic d'influence », *Dalloz actualité*, 18 février 2008

[524] Constatons que le système de captation de paroles sans le consentement des journalistes ne remplissait pas les conditions de l'art. 706-96 du c. pro. pén., puisqu'on ne se situe pas dans le cadre de la criminalité organisée, et tombe donc dans le champ de l'infraction d'atteinte à l'intimité de la vie privée (art. 226-1 du c. pén.). Déjà, le

s'étaient associés au comportement actif et déloyal de l'avocat du souverain[525] : le comportement de celui-ci est déloyal puisqu'il enregistre un individu à son insu. Toutefois, les juges du fond[526] retiennent que l'avocat du souverain ne se situait pas dans le prolongement de l'autorité publique, d'une part, et que cette dernière n'avait aucunement adopté un comportement actif de nature à rendre la preuve déloyale, d'autre part. Au contraire, au visa des articles 6 de la CESDH et préliminaire du Code de procédure pénale et en omettant ainsi le principe de loyauté de la preuve pénale, la chambre criminelle se fonde sur plusieurs critères pour retenir la déloyauté de la preuve. En effet, la présence constante de l'autorité publique sur les lieux de rencontres, la remise des enregistrements par l'avocat aux policiers et leur retranscription par ces derniers lui permettent de considérer qu'il y avait *« participation de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée »*[527]. Même si la participation des enquêteurs est limitée[528], elle est suffisante pour considérer que l'enquête a été conduite conjointement[529].

Ainsi, la jurisprudence se serait durcie par rapport à celle de 2008 à l'égard de l'autorité publique : le principe de loyauté trouverait à s'appliquer dès l'instant qu'une participation indirecte, bien qu'elle ne soit pas purement active, peut lui être reprochée. Cette participation indirecte, cette fois contraignante mais légitime, peut aussi bien être caractérisée par des éléments antérieurs, concomitants et même postérieurs au déroulement des rendez-vous[530].

---

système mis en place par les policiers était illégal. Mais au-delà de cet aspect, la chambre criminelle a considéré l'ensemble des surveillances et l'interpellation qui en découlait comme déloyaux.

[525] O. Décima, « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D.*, 2018, p.103

[526] CA Paris, ch. ins., 26 janv. 2016 : *« les enregistrements contestés ne procèdent, dans leur confection, d'aucune intervention directe ou indirecte de l'autorité publique »* et *« cette position en retrait des enquêteurs ne saurait être assimilée à une provocation à la commission d'une 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 [des journalistes] afin d'en permettre la constatation et d'en arrêter la continuation ».*

[527] Cass. crim., 20 sept. 2016, *Bull. crim.* n° 244 ; *Droit pénal* 2016, comm. 164 et nos obs. ; *Procédures* 2016, comm. 341, obs. A.-S. Chavent-Leclère ; *JCP G* 2017, doctr. 1173, §15, obs. J.-B. Perrier ; *Gaz. Pal.* 2016, n°36, p.10, obs. R. Mésa ; *Gaz. Pal.* 24 janv. 2017, p.56, obs. F. Fourment ; *CCE* 2016, comm. 92, obs. A. Lepage ; *JCP G* 2016, II, 1177, obs. A. Gallois ; *Dalloz actualité*, 22 sept. 2016, obs. S. Fucini ; *RSC* 2016, p. 797, obs. F. Cordier ; *AJ Pénal* 2016, p.600, obs. C. Ambroise-Castérot

[528] V. notamment J.-Y. Maréchal, « La participation de l'autorité publique à la production, par un particulier, d'enregistrements sonores clandestins donne à la preuve obtenue un caractère déloyal », *LexisNexis*, 18 octobre 2016 ; C. Ambroise-Castérot, « Vers une inflexion de jurisprudence en matière de preuves déloyalement obtenues ? », *AJ pénal*, 2016, p.600 : ils *« n'ont procédé à aucune provocation et […] n'ont pas eux-mêmes réalisé les enregistrements, ni même « dirigé » l'action de l'avocat ».*

[529] V. notamment F. Cordier, « L'autorité publique ne peut ni directement ni indirectement participer à l'obtention illicite de la preuve par une partie privée », *RSC*, 2016, p.797 ; S. Fucini, « Chantage contre le roi du Maroc : déloyauté des enregistrements clandestins », *Dalloz actualité*, 22 septembre 2016

[530] A. Lepage, « Tel est pris qui croyait prendre… mais est sauvé par le principe de loyauté de la preuve », *CCE*, novembre 2016, n°11, comm. 92

199. Revirement jurisprudentiel opportuniste. Cependant, la Cour d'appel de renvoi ne s'est pas conformée à la solution de la Cour de cassation, qui s'est ainsi réunie en Assemblée plénière[531]. Celle-ci revient sur la position adoptée par la chambre criminelle et cela démontre bien que, d'une part, *« la loyauté est une notion trop malléable pour satisfaire aux exigences de prévisibilité de toute règle de procédure pénale »*[532] et d'autre part, qu'*« une même situation peut recevoir deux interprétations »*[533]. Elle rejette toute déloyauté dans l'obtention de la preuve pénale en se remettant entièrement à l'appréciation des faits par les juges du fond et en se cantonnant à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Premièrement, elle estime qu'aucune collusion entre l'avocat du souverain et les autorités publiques n'existait : elles n'ont pas demandé à l'avocat de procéder aux enregistrements.

Deuxièmement, elle retient que la présence des policiers sur les lieux ne permet pas de déduire leur accord à la confection des enregistrements. Si elle insiste sur la présence policière, c'est justement pour souligner que *« le concept de "participation", même indirecte, suppose l'accomplissement, par les enquêteurs d'un acte positif, si modeste soit-il »*[534]. Or, si les juges du fond – les seuls ayant le pouvoir d'appréciation des faits – estiment que l'autorité publique n'a pas participé à l'obtention de la preuve et qu'il ne s'agit pas d'une erreur manifeste d'appréciation, alors la Cour de cassation considère qu'elle doit se ranger à l'avis des juges[535].

Cet arrêt s'interroge davantage sur le rôle que doit tenir la Cour de cassation à l'égard des juges du fond que sur le principe de loyauté de la preuve pénale lui-même. Mais quoi qu'il en soit, il réitère le fait que la participation directe ou indirecte de l'autorité publique doit se matérialiser par un comportement actif et non pas passif pour que la preuve pénale soit déloyale. De fait, l'autorité publique ne se trouve pas dénuée de toute participation dans l'obtention d'une preuve : elle garde la possibilité de suivre à distance l'évolution des infractions dans le temps, ce qui semble logique puisque la constatation des infractions correspond à sa mission[536].

---

[531] Cass. Ass. plén. 10 nov. 2017, pourvoi n°17-82.028 ; *JCP G* 2017. n°52 p.1376 C. Ribeyre ; *ibid*. 2017. p.1366 A. Gallois ; *AJ Pénal* 2018. p.100 C. Kurek

[532] C. Ribeyre, « Quand loyauté rime avec imprévisibilité ! », *JCP G*, 2017, n°52, p. 1376

[533] C. Kurek, « Quand la Cour de cassation se fait plus loyaliste que le roi », *AJ Pénal*, 2018, p.100

[534] Cass. Ass. plén. 10 nov. 2017, pourvoi n°17-82.028 ; *JCP G* 2017. n°52 p.1376 C. Ribeyre ; *ibid*. 2017. p.1366 A. Gallois ; *AJ Pénal* 2018. p.100 C. Kurek

[535] A. Maron et M. Haas, « Salto arrière royal », *Droit pénal*, 2018, n°2, comm. 37 : si l'appréciation des juges du fond aboutit à l'absence de participation de l'autorité publique, alors il n'y a pas violation du principe de loyauté de la preuve pénale et s'il n'y a pas de comportement actif de l'autorité publique, alors il n'y aura pas une telle méconnaissance. Il n'y a ainsi pas de *« véritable divergence entre la chambre criminelle et la formation la plus solennelle de la Cour de cassation »* puisque *« l'apparente contradiction […] tient […] à une habile narration différente des faits par la chambre de l'instruction de renvoi »* ; *contra* A. Gallois, « Loyauté de la preuve pénale : le réel reporté à une date ultérieure ? », *JCP G*, 2017, n°52, p.1366 : cet auteur souligne la schizophrénie de la solution de la Cour de cassation.

[536] Art. 14 du c. pro. pén.

200. En conclusion, le stratagème peut revêtir – au moins – deux facettes : il peut s'agir d'un comportement actif par l'autorité publique dans l'obtention d'une preuve par un particulier ou d'une combinaison de mesures d'investigations. Néanmoins, le stratagème déloyal est constitué entièrement seulement s'il porte atteinte aux droits de la défense : la preuve qui en découlera sera alors irrecevable.

§II. La loyauté au service de la protection des droits de la défense

201. L'enquête correspond au point de convergence de la preuve et des droits des mis en cause. La preuve pénale est récoltée par l'autorité publique durant la phase de l'enquête et c'est durant cette même phase que les mis en cause se voient reconnaître des droits fondamentaux, notamment les droits de la défense. Étant d'une importance capitale (A), le principe de loyauté de la preuve pénale vient autant que possible sanctionner la méconnaissance ces droits de la défense (B).

A. La protection effective des droits de la défense par le principe de loyauté de la preuve pénale

202. Le principe de loyauté de la preuve pénale joue un rôle d'importance à l'égard des droits fondamentaux. Les droits de la défense, et notamment le droit de ne pas s'incriminer soi-même, font l'objet d'une protection particulière tant sur le plan interne qu'européen (1). Ainsi, tout procédé déloyal portant atteinte à ces droits sont censurés par la jurisprudence (2).

1. La suprématie incontestable des droits de la défense

203. L'importance conventionnelle des droits de la défense. Depuis le fameux arrêt Airey contre Irlande, il n'a jamais été remis en cause le fait que les États doivent garantir *« des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »*[537]. C'est pourquoi l'égalité des armes[538], le droit pour une partie de se défendre[539] et surtout les droits de ne pas s'incriminer soi-même et de se taire[540] font l'objet d'une attention particulière de la part des juges. Dans la

[537] CEDH, 9 oct. 1979, Airey c/ Irlande, Req. n°6289/73, §24
[538] CEDH, 27 juin 1968, Neumeister c/ Autriche, Req. n°1936/63, §22
[539] CEDH, 13 mai 1980, Artico c/ Italie, Req. n°6694/74, §33
[540] V. notamment CEDH, 25 févr. 1993, Funke c/ France, Req. n° 10828/84 ; *AJDA* 1993. 483, chron. J.-F. Flauss ; *D*. 1993. 457, note J. Pannier ; *ibid*. 387, obs. J.-F. Renucci ; *RSC* 1993. 581, obs. L.-E. Pettiti ; *ibid*. 1994. 362,

mesure où ils font partie intégrante du droit à un procès équitable en application de l'article 6 de la CESDH, la jurisprudence veille scrupuleusement à leur respect. Une protection spécifique est même accordée par la CEDH au droit de se taire et à sa composante, le droit de ne pas s'incriminer soi-même, même s'ils ne sont pas expressément consacrés par cet article. Afin d'éviter toute coercition abusive à l'encontre des mis en cause par l'autorité publique, la CEDH affirme clairement que les droits de se taire et de ne pas s'auto-incriminer sont *« des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable »*[541].

204. La protection interne des droits de la défense. Les droits de la défense connaissent aussi une protection importante en droit interne[542], notamment le droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer soi-même[543]. Ce dernier droit, constitutionnellement garanti[544], bénéficie à tout individu entendu durant la phase d'enquête[545]. Le droit de ne pas s'incriminer soi-même est aussi reconnu par la jurisprudence interne comme une catégorie du droit à un procès équitable[546] mais aussi par la doctrine[547].

Aussi, la protection des droits de la défense s'illustre effectivement et efficacement aussi par l'application concrète du principe de loyauté de la preuve pénale.

---

obs. R. Koering-Joulin ; *ibid*. 537, obs. D. Viriot-Barrial ; CEDH, 8 févr. 1996, John Murray c/ Royaume-Uni, Req. n° 18731/91 ; *RSC* 1996. 30 ; *JCP* 1997-I-4000 obs. F. Sudre ; CEDH, 21 déc. 2000, Quinn c/ Irlande, Req. n°36887/97 ; CEDH, 3 mai 2001, J.B. c/ Suisse, Req. n°31827/96 ; *JCP* 2001-I-342, n° 13, obs. F. Sudre ; CEDH, 5 nov. 2002, Allan c/ Royaume-Uni, Req. n°48539/99, §50 ; CEDH, 24 mars 2005, Rieg c/ Autriche, Req. n°63207/00 ; *RSC* 2006. 431, obs. F. Massias ; CEDH, 4 oct. 2005, Shannon c/ Royaume-Uni, Req. n°6563/03, §34 ; *RSC* 2006. 431, obs. F. Massias ; CEDH, 19 mars 2015, Corbet et autres c/ France, Req. n°7494/11, n°7493/11 et n°7989/11, §32

[541] CEDH, 8 févr. 1996, John Murray c/ Royaume-Uni, Req. n° 18731/91, §45 ; *RSC* 1996. 30 ; *JCP* 1997-I-4000 obs. F. Sudre ; CEDH, 17 déc. 1996, Saunders c/ Royaume-Uni, Req. n° 19187/91, §68 ; *RSC* 1997. 476, obs. R. Koering-Joulin

[542] Ils découlent de l'article 16 de la DDHC : Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, *D.* 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinot ; *AJ Pénal* 2011. 471, obs. J.-B. Perrier ; *Constitutions* 2011. 525, obs. E. Daoud et A. Talbot ; *RSC* 2011. 415, obs. J. Danet ; v. notamment la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ; la loi n°2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 ;

[543] V. notamment la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue

[544] Cons. const., 30 juill. 2010, n°2010-14/22 QPC, Rec. p.298

[545] V. notamment la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ; CEDH, 14 oct. 2010, Brusco c/ France, Req. n°1466/07, §44 et s. ; *D*. 2010. 2950, note J.-F. Renucci ; *ibid*. 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid*. 2783, chron. J. Pradel ; *RSC* 2011. 211, obs. D. Roets ; *JCP* 2011. 191 obs. A. Maron ; *Gaz. Pal.* 2010. 5 p.2858, note M. Bougain ; *Droit pénal* 2011, n°4, chron. 3, com. 26, obs. E. Dreyer, et n°9, Chron. 6, com. 9, obs. V. Lesclous

[546] V. notamment Cass. crim., 14 mars 2012, *Bull. crim.* n°73 ; Cass. crim., 9 avr. 2015, *Bull. crim.* n°76 ; Cass. Ass. plén., 15 avr. 2011, *Bull*. n°1

[547] E. Allain, « Le rapport de la mission Beaume sur l'enquête pénale », *AJ Pénal*, 2014, p.332

2. Le refus jurisprudentiel du contournement des garanties légales au nom du principe de loyauté

205. Distinction entre le détournement de procédure et le contournement des garanties légales. Lorsque l'autorité publique cherche à porter atteinte aux droits de la défense, elle cherche à contourner les garanties légales reconnues à tout individu dans le cadre de l'enquête policière. Le détournement de procédure consiste en *« une utilisation des voies procédurales à des finalités autres que celles spécialement déterminées par le texte spécial »*[548]. Le contournement des garanties légales consiste *« à déjouer des règles applicables en éludant les garanties légales ressortant du cadre juridique approprié à la mesure d'investigation »*[549]. Ces définitions seront reprises par la doctrine[550] et par la jurisprudence, comme décrit ci-après.

206. Droits méconnus, preuve déloyale. Dans son célèbre arrêt Imbert[551], la chambre criminelle rejetait déjà la preuve déloyale : elle avait découlé du comportement d'un policier consistant dans le fait, par l'intermédiaire d'un tiers de téléphoner à un individu afin de recueillir des déclarations par lesquelles il s'incrimine lui-même de l'infraction reprochée. La machination éludait les règles de l'instruction et portait atteinte aux droits de la défense. Depuis, la formulation est connue : le principe de loyauté de la preuve pénale renforce la protection des droits fondamentaux des atteintes qui leurs sont commises. De fait, tout comportement de l'autorité publique qui *« élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense »*[552] rend la preuve qui en découle nulle. C'est ainsi que l'hypnose, même voulue par la personne auditionnée, ou la transcription effectuée contre le gré du mis en cause[553] compromet les droits de la défense et ne garantit pas les conditions adéquates à l'audition d'un individu[554].
On se situe ici dans un procédé déloyal simple. Il se suffit à lui-même pour méconnaître les droits de la défense supposés à être reconnus et accordés à chacun durant la phase policière d'enquête et rendre la preuve qui lui en sera issue écartée au nom du principe de loyauté de la

[548] B. Bouloc, « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC*, 1991, p.221
[549] C. Girault, « Quand la loyauté dicte sa loi ! », *AJ Pénal*, 2015, p.362
[550] V. notamment J. Pradel, « La sonorisation d'un local de garde à vue est-elle licite ? », *D.*, 2015, p.711
[551] Cass. crim., 12 juin 1952, arrêt Imbert, *Bull. crim*. n°153 ; *S*. 1954, 1, p.69 note A. Legal
[552] V. notamment Cass. crim., 16 déc. 1997, *Bull. crim.* n°427 ; Cass. crim., 3 avr. 2007, *Bull. crim.* n°102 ; Cass. crim., 31 mars 2015, pourvoi n°14-86.913
[553] Cass. crim., 5 mars 2013, *Bull. crim*. n°56 ; *Dalloz actualité*, 20 mars 2013, obs. S. Fucini ; *D*. 2013. 711 ; *ibid*. 1993, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2013. 288, obs. L. Belfanti ; *RSC* 2013. 595, obs. J. Danet
[554] V. notamment Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n°369 ; *D*. 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing ; Cass. crim., 28 nov. 2001, *Bull. crim.* n°247

preuve pénale. La ruse sera toujours refusée lorsqu'elle porte atteinte à ces droits. L'autorité publique voit son champ d'action dans la recherche de la preuve une nouvelle fois diminué.
La position jurisprudentielle à son égard paraît ainsi une nouvelle fois contraignante. Toutefois, trouver un équilibre entre la vérité et les droits de la défense impliquera de manière systématique la garantie de ces droits. La recherche de la vérité n'a pas un poids suffisant pour permettre la violation du droit de ne pas s'incriminer soi-même : ce refus de la jurisprudence d'admettre que l'autorité publique soit autorisée de contourner les garanties légales est donc logique.

207. En conséquence, ce principe de loyauté est un facteur qui vient renforcer la protection existante autour de ces droits : par cet aspect, il s'agit d'un véritable principe. C'est justement parce que les droits de la défense sont reconnus aux mis en cause que le principe de loyauté de la preuve pénale s'applique. Son application dépend, s'agissant de la recherche du stratagème, de l'existence de ces droits.

B. La dépendance du principe de loyauté au champ d'application des droits de la défense

208. La jurisprudence paraît contradictoire, mais cela est seulement en apparence. En effet, une raison tient à cette constatation : le principe de loyauté de la preuve pénale semble intrinsèquement lié au champ d'application des droits de la défense. Lorsque ceux-ci sont reconnus aux mis en cause dans le cadre de la garde à vue et de la phase policière d'enquête, alors la preuve découlant du stratagème sera rejetée (1) ; mais tel n'est pas le cas dans le cadre de la détention provisoire et de la phase d'instruction (2).

1. Le contournement existant des garanties légales par la sonorisation de cellules de garde à vue

209. Définition du stratagème (apport n°2) : prise en compte du but poursuivi. Pour que la combinaison de deux mesures d'investigations constitue un stratagème, le procédé déloyal doit poursuivre un but spécifique[555]. Dans l'affaire de 2014[556], deux conditions étaient réunies pour

[555] V. notamment J.-B. Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p.436 : la déloyauté est dite extrinsèque.
[556] Cass. crim., 7 janv. 2014, *Bull. crim.* n°1 ; *Dalloz actualité*, 27 janv. 2014, obs. S. Fucini ; *ibid*., 9 janv. 2014, obs. A. Portmann ; *D*. 2014. 407, note E. Vergès ; *ibid*. 264, entretien S. Detraz ; *ibid*. 1736, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2014. 194, obs. H. Vlamynck ; *RSC* 2014. 130, obs. J. Danet ; *Droit pénal* 2014, étude 7, A. Bergeaud-Wetterwald ; *JCP G* 2014, 272, A. Gallois ; *Droit pénal* 2014, comm. 32, A. Maron et M. Haas

que le stratagème soit reconnu : une sonorisation de cellules contigües de garde à vue et le fait que l'autorité publique ait cherché à obtenir des déclarations par lesquelles le mis en cause s'incriminerait lui-même[557]. En effet, comme la chambre criminelle, l'Assemblée Plénière prend en compte les effets du comportement de l'autorité publique. Elle considère que le procédé déloyal est celui *« 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 »*[558]. Il s'agit *« de ne pas sacrifier les droits de la défense au nom de la manifestation de la vérité »*[559].

210. La protection des droits par la censure du contournement des garanties légales. L'autorité publique avait bien une volonté de contourner les droits de la défense en permettant d'enregistrer des propos que l'individu n'aurait jamais tenus en audition[560] ; ce contournement des garanties légales consiste à mettre à mal le droit à ne pas s'auto-incriminer conventionnellement et constitutionnellement garanti[561]. Effectivement, dans la mesure où *« le gardé à vue s'était vu notifier son droit de se taire, [il] ne pouvait donc raisonnablement imaginer qu'il serait écouté à son insu »*[562]. Un lien très étroit, fondé sur la notion de contournement des garanties légales, est ainsi établi par la Cour de cassation entre droits de la défense et loyauté de la preuve[563]. Elle relie dans son visa le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et l'article 6 de la CESDH, le principe de loyauté et l'article préliminaire du Code de procédure pénale à l'article 63-1 du même code relatif à la garde à vue.

[557] La CEDH a eu à connaitre de la conventionnalité de la sonorisation de locaux de garde à vue. Elle n'a pas censuré la preuve sur le fondement de l'article 6 de la CESDH et des droits de la défense : dans la mesure où la sonorisation avait été réalisée pour comparer les voix des individus avec des conversations déjà enregistrées, la CEDH a estimé qu'elle constituait une ingérence de l'autorité publique dans le droit au respect de la vie privée du mis en cause non prévue par la loi : CEDH, 25 sept. 2001, PG et JH c/ Royaume-Uni, Req. n°44787/98, §60 et s. ; *JDI* 2002, p.301

[558] Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, *Bull*. n°2 ; *D*. 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid*. 1738, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2015. 362, note C. Girault ; *RSC* 2015. 117, obs. P.-J. Delage, et 971, chron. J.-F. Renucci ; *Gaz. Pal.* 21 mars 2015. 10, note S. Raoult

[559] V. notamment E. Bonis-Garçon, « L'apport de l'Assemblée plénière à la définition de la notion de procédé déloyal de recherche des preuves », *JCP G*, 2015, n°19-20, note 558 ; Circulaire du 2 avril 2014 de la Direction des affaires criminelles et des grâces demandant aux procureurs de la République de ne pas sonoriser les cellules de garde à vue (CRIM-PJ n°11-51-H11) : v. aussi sur ce point P. Lemoine, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *Rapp. Cass.*, 2004

[560] V. notamment H. Vlamynck, « Droit de ne pas s'auto-incriminer et loyauté de la preuve », *AJ Pénal*, 2014, p.194 ; J.-Y. Maréchal, « Ecoutes téléphoniques et loyauté de la preuve », *LexisNexis*, 11 mai 2015

[561] V. *supra* n°203 et n°204

[562] J. Francillon, « Cyberdélinquance et provocations policières », *RSC*, 2014, p. 577

[563] V. notamment S. Detraz, « Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve », *D.*, 2014, p. 264 ; O. Décima, « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D.*, 2018, p.103

Incontestablement, elle replace le droit au silence, à travers le principe de loyauté de la preuve pénale, à sa juste valeur[564].

211. La preuve déloyale porte atteinte aux droits de la défense ou la preuve portant atteinte aux droits de la défense est déloyale ? S'agissant de cette espèce, un auteur a pu retenir que la loyauté était masquée par les droits de la défense[565] : la preuve serait rejetée parce qu'en premier lieu, elle porte atteinte aux droits de la défense. Sa déloyauté ne viendrait qu'en second lieu. Sa pensée est confirmée par d'autres[566]. Or, il ne s'agit pas entièrement d'un raisonnement chronologique : on rappelle ici le contrôle de licéité. La preuve doit respecter aussi bien les obligations imposées par la loi que les principes généraux, dont celui de loyauté de la preuve pénale qui présuppose que les mis en cause usent effectivement de ces droits. Ainsi, la preuve litigieuse est rejetée non seulement parce qu'elle méconnaît ces droits mais aussi parce qu'elle est déloyale.

Le stratagème par lequel l'autorité publique a essayé de contourner les garanties légales est déloyal. Le principe de loyauté de la preuve pénale protège les droits de la défense ; et lorsqu'ils ne trouvent plus à s'appliquer, ce principe disparaît.

2. L'absence de contournement de garanties légales par la sonorisation de parloirs de maison d'arrêt

212. L'insuffisance du principe de loyauté de la preuve pénale. Déjà, dans le cadre de la sonorisation de parloirs de maisons d'arrêt, le stratagème n'est pas reconnu comme étant déloyal car il n'est pas constitué de deux mesures d'investigations[567]. Le principe de loyauté aurait-il pu suffire à lui-même pour garantir les droits de la défense et censurer la sonorisation de parloirs de maison d'arrêt ? Les requérants de toutes les affaires concernant les sonorisations des parloirs de maisons d'arrêts répondraient par la positive. En revanche, la chambre criminelle retient, par deux fois[568], qu'il ne pouvait y avoir méconnaissance des droits de la défense puisqu'elle était régulièrement contrôlée par la juge d'instruction, que les conversations

[564] V. notamment C. Girault, « Quand la loyauté dicte sa loi ! », *AJ Pénal*, 2015, p.362
[565] E. Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *D.*, 2014, p.407
[566] M. Ract-Madoux, « La loyauté de la preuve en matière pénale : la liberté des preuves », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 15, §7
[567] V. *supra* n°192
[568] Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim*. n°369 ; *D*. 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing ; Cass. crim., 1er mars 2006, *Bull. crim*. n°59 ; *D*. 2006. 1504, note J. Pradel ; *AJ Pénal* 2006. 222, obs. J.-P. Céré ; *RSC* 2007. 611, obs. J. Buisson

pouvaient être écoutées par les surveillants pénitentiaires et que les prévenus étaient informés de la possibilité de ces écoutes. Toutefois, c'est dans son arrêt de mars 2015 que la chambre criminelle est la plus explicite et pertinente. Elle a estimé que *« c'est par une confusion dans la nature de la mesure que sont invoquées les dispositions protectrices du droit au silence et à s'exprimer en présence de son conseil »*[569]. Il semblerait ainsi que les droits de la défense restent cantonnés à la phase d'enquête et ne s'étendent pas à la phase d'instruction (or, étant fondamental, ces droits devraient être reconnus même aux mis en examen). Dès lors, par la combinaison de la mesure de sonorisation et de la détention provisoire, il ne peut y avoir de stratagème déloyal ayant pour objet le contournement de garanties légales.

213. Contournement masqué des garanties légales. Ainsi, il résulte que la réponse était en réalité négative. Le principe de loyauté de la preuve pénale ne suffit pas à lui-même pour censurer une sonorisation de parloirs de maison d'arrêt. Or, en poussant l'absurde à l'extrême, si le principe de loyauté est supposé protéger les individus et leurs droits, pourrait-il au moins contrecarrer une autorité publique qui souhaiterait placer le mis en cause directement en détention provisoire pour voir ses recherches probatoires facilitées ? En effet, comme le relève Jean Danet, *« comment admettre que sitôt ces auditions achevées, la police et les magistrats puissent chercher à enregistrer à son insu les propos qu'ils tiennent en cellule de repos ? »*[570]. Il a été constaté qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait effectivement une combinaison de mesures d'investigations pour qu'il y ait déloyauté[571] ; le principe de loyauté devrait censurer la sonorisation de parloirs de maisons d'arrêt dès lors que la détention a été décidée pour éviter que le mis en cause bénéficie effectivement de ses droits de la défense. Toutefois, toute la complexité réside dans le fait que cette motivation resterait officieuse et ne ressortira que difficilement. D'ailleurs, admettre la possibilité de censurer la sonorisation de parloirs viendrait restreindre d'autant plus l'action de l'autorité publique.

214. Insuffisance de la loi. Cependant, la CEDH a censuré la sonorisation de parloirs de maison d'arrêt sur le fondement de l'article 8 de la CESDH[572]. De la sorte, elle a considéré qu'il s'agissait d'une ingérence de l'autorité publique dans le droit au respect de la vie privée et non

[569] Cass. crim., 17 mars 2015, *Bull. crim*. n°54 ; *D*. 2015. 1395, chron. G. Barbier, B. Laurent et G. Guého ; *AJ Pénal* 2015. 552, obs. G. Roussel ; *RSC* 2015. 405, obs. D. Boccon-Gibod
[570] J. Danet, « Principe de loyauté des preuves et sonorisation de cellules de garde à vue », *RSC*, 2014, p.130
[571] V. *supra* n°206
[572] CEDH, 20 déc. 2005, Wisse c/ France, Req. n°71611/01 ; *AJ Pénal* 2006. 128, obs. J.-P. Céré ; *D*. 2006. 764, note D. Roets ; *RSC* 2006. 423, obs. P. Poncela ; *ibid*. 662, chron. F. Massias ; *ibid*. 2007. 607, obs. J. Buisson

pas sur le fondement de la violation des droits de la défense au sens de l'article 6 de la CESDH. De fait, selon elle, la base législative[573] sur laquelle les juges d'instruction se fondent pour autoriser la sonorisation des parloirs de maison d'arrêt est insuffisante pour empêcher toute ingérence de l'autorité publique. Par conséquent, la sonorisation de parloirs de maison d'arrêt cessera d'être censurée par la CEDH lorsqu'elle recevra une base légale plus protectrice de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CESDH[574]. Il semblerait que la solution soit identique à l'égard de la sonorisation de cellules de garde à vue puisque la CEDH a aussi censuré sur le fondement de cet article 8 une telle sonorisation[575] ; néanmoins, rien n'est moins sûr.

[573] Art. 81, alinéa 1er, du c. pro. pén. : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge ».
[574] Pour un syllogisme similaire en matière de sonorisation effectuée en même temps qu'une perquisition afin de capter les conversations entre l'occupant de l'appartement et le mis en cause : CEDH, 31 mai 2005, Vetter c/ France, Req. n°59842/00, §26
[575] CEDH, 25 sept. 2001, PG et JH c/ Royaume-Uni, Req. n°44787/98 ; *JDI* 2002, p.301

Conclusion de la Partie 2

215. La loyauté de la preuve pénale s'impose à l'autorité publique. Elle produit des effets larges afin de couvrir toute preuve qui serait concernée par une déloyauté infime.

215.1. La preuve déloyale est irrecevable lorsqu'elle est le fruit d'une provocation à la commission d'une infraction, par l'intermédiaire d'une personne privée ou non et que cette preuve démontre l'existence d'une infraction déjà commise ou découlant de ladite provocation.

215.2. La preuve provoquée sera déloyale aussi lorsqu'elle sera obtenue en méconnaissance de la législation en vigueur mais aussi par un comportement actif constitutif d'un stratagème portant atteinte aux droits fondamentaux des mis en cause. Néanmoins, le principe de loyauté de la preuve pénale montre ses limites face à l'admission légale de modes de preuve s'ingérant dans la vie privée et familiale des individus ou lorsqu'il ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre d'une détention provisoire.

216. De fait, la loyauté de la preuve pénale est dans ce cadre un principe. Puisque cette loyauté produit pleinement ses effets, elle n'en a pas que le titre.

Conclusion générale

217. Pour une partie de la doctrine, le principe de loyauté de la preuve pénale ne devrait pas être érigé à un tel rang[576]. Pour cause, selon le référentiel dans lequel il s'inscrit, le principe de loyauté de la preuve pénale peut ne pas en être un.

218. D'abord, prendre comme référentiel uniquement les personnes privées revient à exclure toute prise en compte de la loyauté de la preuve pénale au titre d'un principe. En effet, il est habituel qu'un principe soit toujours assorti d'exceptions. Toutefois, à l'égard des personnes privées, le 'principe' de loyauté de la preuve pénale se trouve grandement supplanté par les principes de liberté de la preuve et du contradictoire. De la sorte, ces derniers sont bien plus appliqués que le 'principe' de loyauté lui-même.

218.1. Or, en réalité, le raisonnement doit s'opérer de manière inverse : le principe correspond à la liberté dans l'administration de la preuve tandis que la loyauté viendrait comme une modération de tout abus dans le recueil de la preuve pénale.

218.2. En effet, la loyauté correspond, dans ce référentiel, à une exception appliquée dans certains cas spécifiques. En vertu de cette exception, la preuve déloyale découlant d'une provocation à la commission d'une infraction réalisée par un particulier est nulle. De plus, la chambre criminelle de la Cour de cassation a tenté – une seule fois – de soumettre la preuve déloyale à la condition de nécessité des droits de la défense de celui qui la rapporte : une forme de loyauté semblait émerger avant qu'elle ne soit oubliée. À l'image des besoins de la défense ou des jurisprudences civile, sociale et commerciale, certains concepts peuvent venir introduire la loyauté de la preuve pénale à l'égard des personnes privées, mais ils ne seront jamais assez forts pour l'ériger au rang de principe.

218.3. Dans ce cadre, le principe de loyauté n'est pas un principe puisqu'il se trouve majoritairement amputé de ses conséquences : il n'en a ni le titre, ni les effets.

---

[576] V. notamment M. Ract-Madoux, « La loyauté de la preuve en matière pénale : la liberté des preuves », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 15 ; Cette volonté de ne pas voir le principe de loyauté comme principe directeur est aussi repris en matière civile : v. notamment R. Perrot, « La loyauté procédurale », *RTD civ*., 2006, p.153 ; L. Cadiet, « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 10 ; P. Ghaleh-Marzban, « L'appréciation du principe de loyauté de la preuve. L'émergence d'un modèle éthique du procès », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 18

219. Ensuite, à plus grande échelle, en englobant aussi bien les personnes privées que l'autorité publique, le 'principe' de loyauté de la preuve pénale se trouve vidé de près de la moitié de sa substance. D'une part, il est pleinement reconnu à l'égard de l'autorité publique et, d'autre part, il ne s'applique quasiment pas aux particuliers. Les effets du principe de loyauté n'opèrent qu'à moitié : l'exception que constitue l'éviction du champ de la loyauté probatoire des personnes privées est presque aussi importante que l'application effective du 'principe' à l'égard de l'autorité publique. Ainsi, par ce référentiel, la loyauté de la preuve pénale revêt plutôt le caractère de condition, applicable uniquement à l'autorité publique. Elle n'aura ainsi que le titre de principe.

220. Il faut revenir à un référentiel plus petit, mais cette fois, à un référentiel se rapportant uniquement à l'autorité publique. À son égard, la loyauté de la preuve pénale se retrouve en matière de provocation à la commission d'une infraction et ne souffre que de maigres exceptions en matière de provocation à la preuve. En conséquence, pour pouvoir considérer la loyauté de la preuve pénale comme un véritable principe, il faut changer de référentiel et ne s'intéresser qu'à l'autorité publique. Dans ce cadre, elle n'aura pas simplement le titre de principe : en produisant pleinement des effets, la loyauté de la preuve pénale en sera pleinement un. D'ailleurs, c'est uniquement dans cette hypothèse que la chambre criminelle de la Cour de cassation énonce explicitement et de manière autonome le principe de loyauté de la preuve pénale[577].

221. Être contre l'élévation de la loyauté de la preuve pénale au rang de principe, comme Martine Ract-Madoux, relève d'une autre problématique. Il ne s'agit pas de déterminer si la loyauté de la preuve pénale constitue ou non un principe mais plutôt de jauger la pertinence de son rang de principe.

221.1. Contrairement à ce que Martine Ract-Madoux retient, la loyauté de la preuve pénale doit être considérée comme un principe à l'égard de l'autorité publique, notamment en raison des pouvoirs coercitifs qui lui sont accordés. D'ailleurs, elle est un principe dans ce cadre. Mais s'agissant des personnes privées, une distinction est à opérer : il faut distinguer la partie civile, le témoin et la victime d'une part, et l'auteur d'une infraction d'autre part.

[577] La loyauté est hiérarchiquement supérieure aux règles légales, notamment du principe de liberté dans l'administration de la preuve : J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd. 1990, p.264

221.2. S'agissant de la partie civile, du témoin, et de la victime, une sous-distinction s'opère selon qu'une enquête soit ou non ouverte.

221.2.1. Dès lors qu'une enquête a été ouverte, l'autorité publique est amenée à rapporter des preuves pénales : ses pouvoirs coercitifs suffisent pour obtenir des preuves loyalement. En conséquence, la partie civile, les témoins ainsi que la victime devraient être soumis au principe de loyauté de la preuve pénale, même si ce sont des personnes privées, dans la mesure où ils bénéficient des effets des pouvoirs coercitifs de l'autorité publique dans la caractérisation d'une infraction. De plus, admettre le contraire permettrait à ces personnes spécifiques de contourner la mission essentielle de l'autorité publique, qui est de constater les infractions, de manière loyale : mener l'enquête incombe évidemment à l'autorité publique et non pas à la partie civile, les témoins ou la victime. Il ne s'agit pas de refuser tout droit à la partie civile, au témoin ou à la victime, mais simplement d'éviter que l'enquête de l'autorité publique, dirigée pour obtenir loyalement des preuves pénales, soit vidée de son sens si une personne privée peut récolter des preuves déloyalement et indépendamment de l'autorité publique. Le principe de loyauté de la preuve pénale devrait s'imposer dans ce cadre à l'égard des particuliers.

221.2.2. En revanche, si une enquête n'a pas été ouverte, la partie civile, le témoin et la victime ne bénéficieront pas des actions de l'autorité publique. Dès lors, le principe de libre administration des preuves pénales n'est plus conditionné par le principe de loyauté de la preuve pénale : ces personnes pourront s'affranchir du principe de loyauté.

221.3. Toutefois, s'agissant des auteurs d'une infraction, ils devraient continuer à être exclus du champ du principe de loyauté de la preuve pénale. Sur le fondement du droit à un procès équitable prévu à l'article 6 de la CESDH, l'auteur d'une infraction doit pouvoir ramener une preuve déloyale afin de rétablir l'égalité des armes. En effet, l'autorité publique bénéficiant de pouvoirs coercitifs, l'auteur d'une infraction devrait en contrepartie pouvoir rapporter une preuve déloyale.

222. Enfin, la question d'ériger effectivement la loyauté de la preuve pénale en tant que principe législatif n'est toujours pas d'actualité. La loyauté de la preuve pénale demeure un principe jurisprudentiel. Effectivement, la Garde des Sceaux, Madame Nicole Belloubet, a inscrit dans les chantiers de la Justice plusieurs axes de réforme, dont la simplification de la procédure pénale. Le principe de loyauté transparaît par deux points.

222.1. Premièrement, par ces chantiers, le ministère de la Justice souhaite *« supprimer les formalités inutiles »*, *« en simplifiant les régimes procéduraux […] pour rendre les enquêtes plus efficaces »*. Le principe viendrait ici en tant que formalité inutile empêchant l'efficacité des procédures. Cette lecture serait une solution bien étonnante au regard de l'importance du principe à l'égard de l'autorité publique.

222.2. Deuxièmement, *« une réponse pénale efficace et rapide tout en respectant les droits et garanties fondamentales »* est aussi recherchée. Cette fois, nous nous inscrivons au stade de la réponse pénale, qui est un stade ultérieur à la recherche de la preuve. Cependant, l'efficacité d'une réponse pénale passe a minima par une démonstration tangible de la culpabilité d'un mis en cause. Cette démonstration doit être fondée sur des preuves loyales puisque des preuves refusées pour défaut de loyauté ne permettent pas une réponse pénale efficace. Cela va de soi. D'ailleurs, une forme de loyauté, qui peut être probatoire, est occultée par le respect des droits et garanties, tel que cela est déjà exigé par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Néanmoins, le principe n'est toujours pas envisagé en tant que principe légal.

223. Deux questions restent ainsi en suspens. La loyauté de la preuve pénale sera-t-elle pleinement consacrée comme principe légal dans le cadre de la réforme de la procédure pénale, bien que non mentionnée dans les chantiers de la Justice ? L'éventuelle consécration légale du principe de loyauté de la preuve pénale pourra-t-elle y inclure les personnes privées, sous le signe du respect des droits et garanties fondamentaux ?

Index

** Les références renvoient aux numéros des paragraphes.*

A

Acte de la procédure : 81, 82

Airey (arrêt) : 203

Autorité de la concurrence : 90, 91

Autorité étrangère : 5.1, 130, 132

Autorité publique : 2.2, 5.1 et s., 6.2, 7, 8.3, 9, 10.2, 12, 17, 18, 21 et s., 26, 30, 31, 48, 49, 72, 82, 109 à 216, 219 et s.

Avocat : 16.3, 35, 106

B

Bettencourt (affaire) : 35, 81

Besoins de la défense : 51 et s., 55 et s., 100, 102

C

Complicité : 117

Comportement actif : 126, 128 à 148, 184, 194 à 200

Conjugaison : 189, 191, 192, 209

Contournement des garanties légales : 4, 189, 193, 205, 208 à 214

Contrainte morale : 116

Contrôle de nécessité et de proportionnalité : 62, 70 et s., 181 et s.

D

Défense de l'ordre : 70 et s.

Déontologie : 2.1, 8.3 et s.

Détention provisoire : 192, 208, 212, 213

Détournement de procédure : 4, 205

Discrimination : 40 et s.

Droit(s) :

- à la liberté et à la sûreté : 124

- au respect de la vie privée et familiale : 16, 16.2, 28, 35, 54, 58, 71, 174, 179, 214
- au procès équitable : 6.3, 28, 47, 78, 94, 96, 123, 124, 126, 151, 153, 170, 188, 209, 221.3
- de garder le silence : 163, 203 à 214
- de la défense : 6.3, 16, 16.1, 28, 29, 47, 55, 58, 68, 99 et s., 102, 179, 201 à 214, 218.2
- de la partie civile : 70 et s.

E

Élément moral (de l'infraction) : 35, 116, 117

Employeur : 89.1

Enregistrements : 16 et s., 18, 28, 29, 35, 53, 81, 89, 90, 144, 198

Enquête : 2.2, 16.1, 155, 201, 204, 212, 221.2 et s.

Enquête sous pseudonyme : 136, 175

Erreur sur le droit : 105, 106

État de nécessité : 35

Éthique : 2.1

F

Faits justificatifs : 35, 54, 99 et s., 104 et s., 116, 117, 147

Fidélité : 2.1

Fixation d'images : 181.2

Formalisme législatif : 22

G

Garanties légales : 165, 179, 189, 205 à 214

Garde à vue : 188 à 191, 194, 209 à 211

Géolocalisation : 175, 180, 181.2

Guantanamo (affaire) : 196

H

Hiérarchie (des preuves) : 80, 81, 84

Hypnose : 166, 206

I

Illégalité : 25 et s., 30 et s., 162 et s., 176

Illicéité : 16.2, 27

Imbert (affaire) : 3.1, 206

Incitation : 111 et s.

Indice de preuve : 83

Indivisibilité : 151

Infiltration : 120, 136, 138, 175, 181.2

Infraction dissimulée : 135 et s.

Infraction occulte : 135 et s.

Ingérence (de l'autorité publique) : 72, 173 et s., 178 et s., 214

Interception des correspondances : 175, 179, 181.2, 195, 212

Internet : 17, 129 à 134

Irresponsabilité pénale : 33 et s., 102, 117

J

Jalloh (arrêt) : 170

Jurisprudences civile, sociale et commerciale : 6.1, 86 et s.

L

Laisser-faire : 195

Légalité : v. illégalité

Licéité (critère de) : 173 et s., 179

Licéité (contrôle de) : 160, 190, 192, 211

Loyauté de la preuve civile : 90, 94

M

Maison d'arrêt : 192, 195, 212 et s.

Mesures d'investigation : 184 et s., 189, 192, 209

N

Nécessité : v. contrôle de nécessité et de proportionnalité

O

Opération de testing : 38 et s., 45

P

Participation indirecte (de l'autorité publique) : 198 et s.

Pédopornographie : 17, 130 et s., 155

Perquisition : 82, 163, 166

Personnes privées : 2.2, 5.2, 9, 10.2, 11 à 108, 126, 140 à 148, 197, 206, 217 et s.

Pouvoirs coercitifs : 21, 136, 221 et s.

Préexistence de l'infraction : 121, 123

Principe :

- du contradictoire : 6, 8.2, 49, 60 et s., 66 et s., 73, 78, 83, 218
- de liberté de la preuve pénale : 6 et s., 8.2, 64, 73, 218, 221.2.2
- de la libre appréciation des preuves par les juges : 49, 61, 64, 75, 77, 78, 83, 84

Procès-verbal : 49, 82, 166, 175, 181.2, 206

Proportionnalité : v. contrôle de nécessité et de proportionnalité

Provocation à la commission d'une infraction : 4, 7, 48, 109 à 159, 169, 186, 195, 215.1, 220

Provocation à la preuve : 4, 7, 48, 109, 126, 160 à 214, 220

Provocation policière : v. provocation à la commission d'une infraction

Q

Question prioritaire de constitutionnalité : 45, 47

R

Ramanauskas (arrêt) : 115

Recevabilité (de la preuve déloyale) : 56, 68, 71, 153, 160

Responsabilité pénale : v. irresponsabilité pénale

Roi du Maroc (affaire) : 3.1, 197 et s.

S

Schenk (arrêt) : 29, 78, 84, 153

Schuller (affaire) : 144, 186

Secret professionnel : 16.3

Secret médical : 71, 72

Sonorisation : 175, 179, 181.2, 185, 188 à 194, 209 à 214
Soupçons : 122, 123, 131
Stratagème : 4, 89.1, 126, 145.1, 183 à 214
Surveillance : 89.1, 175, 179

T

Teixeira de Castro (arrêt) : 153
Torture et actes de barbarie : 170, 171, 196
Turquin (affaire) : 28

V

Valbuena (affaire) : 125
Valeur (de la preuve déloyale) : 42, 46.1, 76
Valeur (d'indices de preuve) : 83
Vérité : 1, 2.1, 3.1, 5.1, 20, 23, 33, 35, 97, 145, 173, 181.1 et s., 186, 206, 209
Violation de la loi : 16.2, 161 et s.
Vol : 30, 31, 58, 82, 101, 105, 124

Bibliographie

I. Ouvrages :

S. Ben Hadj Yahia, *La fidélité et le droit*, Lextenso, LGDJ, 2013, p.329 et s.

P. Bouzat, *La loyauté dans la recherche des preuves*, *Mélanges Hugueney*, Sirey, 1964, p.172

J. Larguier et Ph. Conte, *Procédure pénale*, Dalloz, Mémento, 24ème éd. 2016, p.410

R. Merle et A. Vitu :

- *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, Cujas, 3ème éd. 1979, p.154 et s.
- *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale,* Cujas, 5ème éd., 2001, p.197 et s.

J. Pradel :

- *Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd. 1990, p.264
- *Procédure pénale*, Cujas, 19ème éd., 2017, p.412 et s.

Ph. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10ème éd., 2014, n°2364-1 et s.

E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, coll. Thémis, 2015, p.376

Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010, p.13 et s.

II. Encyclopédies :

Ph. Bonfils, « Partie civile », *Rép. pén.*, avril 2011

J. Boré et L. Boré, « Cassation (Pourvoi en) », *Rép. pén.*, avril 2013

O. de Bouillane de Lacoste, « Pourvoi en cassation. – Arrêts rendus par la Cour de cassation. – Arrêts de cassation », *J.-Cl. Procédure pénale*, 1er juillet 1999, fasc. n°20, n°11

J. Buisson :

- « Règles procédurales en matière de trafic de stupéfiants », *J.-Cl. Procédure pénale*, 25 octobre 2009, fasc n°20, n°21 et s.
- « Police judiciaire. – Dispositions générales. – Direction, surveillance et contrôle de l'autorité judiciaire. – Officiers de police judiciaire », *J.-Cl. Procédure pénale*, 19 novembre 2012, fasc. n°20, nos11 à 15
- « Preuve », *Rép. pén.*, octobre 2013

T. Cassuto, « Règles particulières en matière de terrorisme. – Règles de compétence et de procédure », *J.-Cl. Procédure pénale*, 1er novembre 2016, fasc. n°20

A.-S. Chavent-Leclère, « Dispositions générales. – Nullité », *J.-Cl Procédure pénale*, 10 novembre 2015, fasc n°20, n°26 et s.

F. Chopin, « Cybercriminalité », *Rép. pén*., juillet 2013

F. Desportes, « Secret de l'instruction *», J.-Cl. Procédure pénale*, 1er janvier 1998, fasc. unique, n°36

S. Detraz, « Douanes. – Procédure », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 6 juin 2016, fasc n°30, n°69 et n°76 et s.

P. Flobert (dir.), *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire latin-français*, Hachette, 3ème éd., 2008

J.-L. Gallet, « Tribunal correctionnel. – Discussion par les parties », *J.-Cl. Procédure pénale*, 26 avril 2011, fasc. n°20, n°1

C. Guéry :

- « Commission rogatoire », *Rép. pén.*, septembre 2012
- « Instruction préparatoire », *Rép. pén.*, juin 2013

S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20ème éd., 2013

P. Lemoine, « Ministère public. – Organisation. Attributions du garde des Sceaux *», J.-Cl. Procédure pénale*, 26 février 2005, fasc. n°20, n°2

V. Lesclous, « Enquête préliminaire », *J.-Cl. Procédure pénale*, 1er février 2012, fasc. n°20, n°44 et s.

P. Maistre du Chambon, « Chasse. – Procédure », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 28 juillet 2017, fasc n°30, n°45

T. Meindl, « Procédure applicable à la criminalité et la délinquance organisées. – Poursuite. Instruction. Jugement. Assistants spécialisés. – Dispositions dérogatoires de procédure », *J.-Cl. Procédure pénale*, 7 novembre 2011, fasc, n°20

H. Pelletier, « Tribunal correctionnel. – Administration de la preuve. – Principes généraux. – Modes de preuves : Aveux. Procès-verbaux et rapports. Preuve par écrit. Expertises. Transports », *J.-Cl. Procédure pénale*, 10 mars 2015, fasc. n°20, n°2 et n°79

E. Vergès, « Principes directeurs du procès pénal. – Principes communs aux parties », *J.-Cl. Procédure pénale*, 10 juillet 2014, fasc. n°30, n°105 et s.

III. Articles, Chroniques, Rapports :

A

E. Allain :

- « De l'appréciation de la déloyauté de la preuve », *Dalloz actualité*, 8 mars 2007
- « Le rapport de la mission Beaume sur l'enquête pénale », *AJ Pénal*, 2014, p.332

M. Alliot-Marie, « Pour une refondation de la procédure pénale », *AJ Pénal*, 2010, p.158

C. Ambroise-Castérot :

- « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal*, 2005, p.261
- « Vers une inflexion de jurisprudence en matière de preuves déloyalement obtenues ? », *AJ Pénal*, 2016, p.600

L. Ascensi, « Retour sur le principe de la loyauté de la preuve », *AJ Pénal*, 2012, p.346

W. Azoulay :

- « Déloyauté de la preuve et provocation à l'infraction », *Dalloz actualité*, 25 juillet 2017
- « Loyauté de la preuve pénale : un concept de Protée », *Dalloz actualité*, 17 novembre 2017

B

O. Bachelet, « Sonorisation de cellules de garde à vue : loyauté versus légalité », *Gaz. Pal.*, 7 février 2014, p.19

G. Barbier, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2018, n°4, p. 196

H. Barbier, « La production d'un message vocal est admissible à titre de preuve », *RTD civ.*, 2013, p.380

P. Beaudouin, Question écrite n°34203, « Droit pénal – Enquêtes – Opérations d'infiltration. Mise en œuvre. Réglementation », *Assemblée nationale, 13ème Législature*, 4 nov. 2008

Ph. Belloir, « Les difficultés de preuve des motifs discriminatoires », *Gaz. Pal.*, 11 mai 2013, p.15

C. Benelli-de Bénazé, « Loyauté d'un stratagème policier visant l'interpellation de l'auteur d'une infraction », *Dalloz actualité*, 15 janvier 2016

A. Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014) », *Droit pénal*, 2014, n°4, étude 7

D. Boccon-Gibod, Avis sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 mars 2015, *Cour de cassation*, 20 février 2015

Ph. Bonfils, « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *D.*, 2005, p.122

E. Bonis-Garçon, « L'apport de l'Assemblée plénière à la définition de la notion de procédé déloyal de recherche des preuves », *JCP G*, 2015, n°19-20, note 558

M. Bouchet, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC*, 2017, p.495

B. Bouloc :

- « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC*, 1991, p.221
- « Abus de biens sociaux. Preuve. Documents soutirés par un ancien salarié. Admission », *RTD com*., 2010, p.617
- « Documents dérobés transmis aux enquêteurs et paiements de matériaux et des salariés au profit d'une SCI », *Rev. Sociétés*, 2010, p.241

M.-E. Boursier, « Un « nouveau » principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », *D.*, 2005, p.2570

P.-Ph. Boutron-Marmion et E. Daoud, « La chambre criminelle valide la violation du secret professionnel de l'avocat », *AJ Pénal*, 2012, p.224

D. Brach-Thiel, « Du strict respect des règles de l'audition en matière de garde à vue », *AJ Pénal*, 2017, p.352

J.-M. Bruguière, « Filer ne peut prouver ! La chambre sociale condamne les employeurs Nestor Burma et montre la voie de la preuve loyale », *D.*, 2003, p.1858

J. Buisson :

- « L'audition sous hypnose est interdite. Est permis l'enregistrement, au parloir d'une maison d'arrêt, de propos tenus entre des mis en examen et leurs proches », *Procédures*, 2001, n°3, comm. 70
- « Sonorisation illégale du parloir d'une maison d'arrêt : constitue une ingérence étatique au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2007, p.607
- « Aménagée par la loi du 9 mars 2004, la sonorisation peut désormais, sous les conditions légales, être ordonnée dans le parloir d'une maison d'arrêt aux fins de capter

et d'enregistrer les conversations que tient un mis en examen avec ses proches », *RSC*, 2007, p.611
- « Captation d'images : application du principe de la légalité dans l'administration de la preuve », *RSC*, 2008, p.655
- « Contrôle de l'éventuelle provocation policière : création d'un site pédo-pornographique par un policier, même étranger », *RSC*, 2008, p.663
- « Est valide le constat d'une infraction opéré sans ruse ni stratagème ni provocation », *Procédures*, 2008, n°4, comm. 126

C

L. Cadiet, « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 10

O. Cahn, « Procès équitable : la Chambre criminelle tend à nouveau les verges à la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal*, 2014, p.577

C. Castets-Renard, « Gare aux SMS ! », *D.*, 2007, p.2284

M.-E. Charbonnier, « Une provocation fondée sur une provocation à commettre une infraction, même commise à l'étranger, doit être annulée », *AJ Pénal*, 2007, p.33

A.-S. Chavent-Leclère, « Interceptions téléphoniques – Le principe de loyauté prohibe tout stratagème policier », *Procédures*, 2017, n°10

E. Chevrier, « Autorité de la concurrence : loyauté de la preuve », *D.*, 2011, p.562

L. Collet-Askri, « La Chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal… », *D*. 2003, p.1309

P. de Combles de Nayves :
- « Provocation à la preuve ou à l'infraction ? », *AJ Pénal*, 2014, p.374
- « A la recherche de la loyauté », *AJ Pénal*, 2016, p.115

Ph. 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 ? », *Droit pénal*, 2009, n°4, étude 8
- « La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 12

F. Cordier, « L'autorité publique ne peut ni directement ni indirectement participer à l'obtention illicite de la preuve par une partie privée », *RSC*, 2016, p.797

D

J. Danet, « Principe de loyauté des preuves et sonorisation de cellules de garde à vue », *RSC*, 2014, p.130

G. Danjaume, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D.*, 1996, p.153

A. Darsonville, « Les limites au principe de la liberté de la preuve pour les parties », *Dalloz actualité*, 6 juin 2007

O. Décima :

- « Vers une définition stricte de la loyauté de la preuve en matière pénale ? », *JCP G*, 2016, n°27, p. 789
- « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D.*, 2018, p.103

G. Deharo, « Principe de loyauté dans l'administration de la preuve », *LexisNexis*, 22 juillet 2017

P.-J. Delage :

- « Retour sur le principe de la loyauté des preuves », *RSC*, 2015, p.117
- « Le « laisser faire » de l'autorité publique et le principe de loyauté de la preuve », *RSC*, 2008, p.117

Ph. Delebecque, « Droit de la preuve », *D.*, 2011, p.2891

M. Delmas-Marty (dir.), « La mise en état des affaires pénales », Commission justice pénale et droits de l'homme au nom du Ministère de la justice, *La Documentation Française*, 1991

J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « L'enregistrement par un policier de la conversation qu'il a eue avec un avocat soupçonné d'être le complice de ses clients et fait à l'insu de celui-ci peut constituer une preuve légalement admissible de corruption de fonctionnaire », *RSC*, 1999, p.588

J.-R. Demarchi, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », *D.*, 2007, p.2012

N. Demard, « La « stratégie contentieuse » en matière pénale », *in 10 ans de droit de la non-discrimination*, Actes du Colloque organisé par le Défenseur des droits, octobre 2015, p.109

S. Detraz :

- « Vol justifié de documents par un salarié », *JCP G*, 2011, note 1020
- « Recevabilité des moyens de preuve issus d'un vol commis par un particulier sans intervention de l'autorité publique », *JCP G*, 2014, n°5, note 139
- « Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve », *D.,* 2014, p. 264
- « Constitutionnalité des tests de discrimination », *JCP G*, 2015, n°15, note 440

J.-P. Dintilhac, « Ecoutes téléphoniques. Officier de police judiciaire. Pouvoirs. Chambre d'accusation. Nullité de l'instruction. Domaine d'application. Actes de l'enquête préliminaire. Chambre d'accusation. Nullités de l'instruction. Provocation. Effets. Nullités des actes subséquents », *RSC*, 1996, p.689

E

C. S. Enderlin :

- « Affaire des paillotes : une preuve peut être illégale, mais pas l'ordre d'un préfet », *AJ Pénal*, 2004, p.451
- « Recevabilité d'une preuve illicite ou illégale en matière civile et pénale », *AJ Pénal*, 2005, p.30

F

B. Fages, « Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve », *RTD civ.*, 2011, p.127

R. Finielz :

- « Loyauté de la preuve – Provocation à la commission de l'infraction », *RSC*, 2006, p.848
- « Loyauté et liberté des preuves », *RSC*, 2007, p.331
- « Loyauté des preuves », *RSC*, 2007, p.838
- « Loyauté de la preuve – Incitation ou provocation à la commission de l'infraction », *RSC*, 2008, p.367

C. Fonteix, « La preuve par testing ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux », *Dalloz actualité*, 25 février 2015

F. Fourment :

- « Atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable », *JCP G*, 2009, n°3, II 10009
- « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », *D.*, 2011, p.562
- « Preuve illicite administrée par un particulier dans le procès pénal », *D.*, 2012, p. 914
- « Provocation à l'interpellation : tel est pris qui croyait vendre », *Gaz. Pal.*, 26 avril 2016, n°263, p.66

- « « Sextape », secret de l'enquête et de l'instruction et loyauté de la preuve », *Gaz. Pal.,* 24 octobre 2017, n°36, p.53
- « Preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée : « laissez faire, laissez juger », *Gaz. Pal.*, 23 janvier 2018, p.57-58

J. Francillon :

- « Provocation à la commission d'actes de pédophilie organisée par un service de police étranger utilisant le réseau internet », *RSC*, 2007, p.560
- « Cyberdélinquance et provocations policières », *RSC*, 2014, p.577

N. Fricero, « La loyauté dans le procès civil », *Gaz. Pal*., 23-24 mai 2012, p.27

S. Fucini :

- « Perquisition : recevabilité de la preuve illicite émanant d'un particulier », *Dalloz actualité*, 16 décembre 2013
- « Preuve illégale produite par la victime et caractérisation de la tentative de chantage », *Dalloz actualité*, 10 février 2015
- « Confirmation de la déloyauté des sonorisations en garde à vue », *Dalloz actualité*, 10 mars 2015
- « Sonorisations en maison d'arrêt : absence de caractère déloyal », *Dalloz actualité*, 3 avril 2015
- « Écoutes téléphoniques et respect du principe de loyauté », *Dalloz actualité*, 12 mai 2015
- « Géolocalisation d'un véhicule volé : irrecevabilité à invoquer la nullité », *Dalloz actualité*, 30 juin 2016
- « Chantage contre le roi du Maroc : déloyauté des enregistrements clandestins », *Dalloz actualité*, 22 septembre 2016

G

A. Gallois :

- « Loyauté des preuves pénales : la Cour de cassation est-elle allée trop loin ? », *JCP G*, 2014, n°9, jurispr. 272
- « Loyauté de la preuve pénale : le réel reporté à une date ultérieure ? », *JCP G*, 2017, n°52, p. 1366

J. Gallois, « Valeur du procès-verbal de renseignement anonyme », *Dalloz actualité*, 28 octobre 2015

C. Gayet :

- « Application du principe de loyauté de la preuve en matière de trafic d'influence », *Dalloz actualité*, 18 février 2008
- « Liberté et loyauté de la preuve en matière correctionnelle », *Dalloz actualité*, 17 mars 2010

P. Ghaleh-Marzban, « L'appréciation du principe de loyauté de la preuve. L'émergence d'un modèle éthique du procès », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 18

C. Girault :

- « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *RSC*, 1998, p.175
- « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *RSC*, 1998, p.715
- « Soustractions de documents d'entreprise par les salariés en vue de se défendre en justice », *JCP G*, 2004, n°31, II, 10124
- « Provocation policière et loyauté de la preuve », *Dalloz actualité*, 5 juillet 2006
- « Quand la loyauté dicte sa loi ! », *AJ Pénal*, 2015, p.362
- « L'extension du principe de loyauté à la preuve obtenue à l'étranger », *Dalloz actualité*, 15 mars 2017

D. Goetz :

- « Précisions sur le principe de loyauté des preuves », *Dalloz actualité*, 14 janvier 2016
- « Vademecum en matière de nullité d'actes de la procédure », *Dalloz actualité*, 15 novembre 2016
- « Affaire Bettencourt : confirmation en appel de la relaxe du maître d'hôtel et des journalistes », *Dalloz actualité*, 2017, n°16/00204

R. Guastini, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », *in Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economina, coll. Études Juridiques, 2008, p.113 et s.

D. Guérin :

- « La loyauté de la preuve devant le juge pénal », *Procédures*, 2015, n° 12, dossier 11
- « La lutte contre les discriminations et l'emploi », *in 10 ans de droit de la non-discrimination*, Actes du Colloque organisé par le Défenseur des droits, octobre 2015, p.51

C. Guéry :

- « Ecoutes téléphoniques et participation policière », *D.* 1996, p.346
- « Paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP G*, 2015

M.-L. Guinamant, « Principe de loyauté : droits civil, pénal et administratif comparés », *JCP G*, 2014, n°42, note 1058

S. Guinchard, « Droit et pratique de la procédure civile », *Dalloz Action*, 2004, n°222, p.51

H

J. Hauser, « La caméra cachée en droit social et en droit pénal », *RTD civ.*, 1993, p.101

J

G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p.7

C. Jolibois, Rapport n°419 fait au nom de la commission des lois du Sénat, 10 juin 1999

K

H. Kobina Gaba :

- « La production en justice d'un document de l'entreprise par le salarié pour assurer sa défense », *D.*, 2004, p.2326
- « Exception au principe des droits de la défense du salarié et nature du litige », *D.*, 2010, p.306

C. Kurek, « Quand la Cour de cassation se fait plus loyaliste que le roi », *AJ Pénal*, 2018, p.100

L

B. de Lamy, « La loyauté, un principe perturbateur des procédures ? », *JCP G*, 2011, p.988

G. Lardeux, « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *D.*, 2012, p.1596

J. Larregue, « Loyauté de la preuve et site internet « d'infiltration » », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2014, n°183, p.20

J. Lasserre Capdeville :

- « Le testing », *AJ Pénal*, 2008, p.310
- « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ Pénal*, 2010, p.280
- « L'article 225-3-1 du code pénal, régissant le testing, est conforme aux droits de la défense et au droit à un procès équitable », *AJ Pénal*, 2015, p.139

S. Lavric :

- « Provocation policière et procès équitable : quand la toile rime avec procédé déloyal », *AJ Pénal*, 2008, p.425
- « Provocation policière et procès équitable », *Dalloz actualité*, 23 juin 2008

P. Lemoine, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *Rapp. Cass.*, 2004

M. Léna, « Moyens de preuve et enregistrements clandestins d'une personne privée », *Dalloz actualité*, 7 février 2012

J.-L. Lennon, « De la géolocalisation », *D.*, 2017, p.279

A. Lepage :

- « Provocation policière à la transmission d'images de mineurs à caractère pornographique », *CCE*, janvier 2007, n°1, comm. 13
- « Provocations policières à la commission de l'infraction », *CCE*, septembre 2007, n°9 comm. 113
- « Provocation policière », *CCE*, septembre 2008, n°9, comm. 106
- « Provocation sur Internet – La distinction entre provocation à la preuve et provocation à la commission d'une infraction à l'épreuve d'Internet », *CCE*, septembre 2014, n°9, comm.73
- « Tel est pris qui croyait prendre… mais est sauvé par le principe de loyauté de la preuve », *CCE*, novembre 2016, n°11, comm. 92

M

P. Maistre du Chambon, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP G*, 1989, doctr. 3422

V. Malabat, « Morale et droit pénal », *in Droit et morale*, D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet (dir.), Dalloz, 2011, p.219 et s.

M. Malaurie-Vignal, « Écoutes téléphoniques et procédure devant l'Autorité de la concurrence », *JCP G*, 2011, n°3, p.43

J.-Y. Maréchal :

- « La frontière entre provocation à la preuve et provocation à l'infraction », *LexisNexis*, 3 juin 2014
- « La sonorisation de cellules de garde à vue porte atteinte au droit de ne pas s'incriminer soi-même et au droit à un procès équitable », *LexisNexis*, 7 avril 2015

- « Ecoutes téléphoniques et loyauté de la preuve », *LexisNexis*, 11 mai 2015
- « La participation de l'autorité publique à la production, par un particulier, d'enregistrements sonores clandestins donne à la preuve obtenue un caractère déloyal », *LexisNexis*, 18 octobre 2016
- « Illégalité du recueil de déclarations spontanées d'un gardé à vue en dehors d'une audition », *LexisNexis*, 23 mai 2017

A. Maron, « Mais où sont les neiges d'antan ? », *Droit pénal*, 2007, n°6, comm. 91

A. Maron et M. Haas :

- « Un stratagème couvert d'une feuille de vigne légale », *Droit pénal*, 2014, n°2, comm. 32
- « La garde à vue n'est pas une garde à ouïe », *Droit pénal*, 2015, n°4, comm. 58
- « Preuve – Galipettes de fouteux et loyauté », *Droit pénal*, 2017, n°10, comm.154
- « Salto arrière royal », *Droit pénal*, 2018, n°2, comm. 37

E. Maulin, « L'invention des principes », *in Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economica, coll. Études Juridiques, 2008, p.23

Y. Mayaud, « Respect de la vie privée, secret professionnel, et droits de la défense », *RSC*, 2007, p.815

M. Mekki, « Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ? », *D.*, 2016, p.2355

S. Ménotti, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2007, p.1817

E. Molina, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC*, 2002, p.263

P. le Monnier de Gouville, « Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, 2017, n°710, n° LXB N9929BWN

O

Observations :

- « Preuve (moyen illicite) : enregistrement de conversations privées remis à la police », *D.*, 2016, p.1863
- « Preuve (moyen illicite) : enregistrement de conversations privées remis à la police », *D.*, 2017, p.2304
- « Procès équitable (loyauté de la preuve) : stratagème utilisé par un policier », *D.*, 2017, p.1532

R. Ollard, « Quand le principe de loyauté de la preuve déploie ses effets en procédure pénale », *La lettre juridique*, 2 avril 2015, n°607

P

J.-B. Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p.436

R. Perrot, « La loyauté procédurale », *RTD civ.*, 2006, p.153

J. Pradel :

- « Tentative et abandon en cas de pluralité de participants à la commission du crime », *RIDC*, 1986, p.739
- « Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 1990, p.15
- « Un plaignant peut-il utiliser, à l'appui de sa plainte, des enregistrements obtenus à l'insu des personnes qu'il suspecte d'avoir commis une infraction dont il est victime ? », *D.*, 1993, p.206
- « Procédure pénale », *D.*, 2007, p.973
- « La sonorisation d'un local de garde à vue est-elle licite ? », *D.*, 2015, p.711
- « La mutation de la procédure pénale », *in La métamorphose de la procédure pénale*, Conférence organisée par l'ISPEC de l'Université Aix-Marseille, 28 novembre 2017

Q

M. Quéméner, « Internet – Lutte contre la cybercriminalité : l'infiltration gagne du terrain », *CCE*, septembre 2010, n°9, alerte 82

R

M. Ract-Madoux, « La loyauté de la preuve en matière pénale : la liberté des preuves », *Procédures*, 2015, n°12, dossier 15

J.-F. Renucci :

- « La loyauté dans la reconnaissance de la preuve », *RSC*, 2007, p.895
- « Loyauté des preuves et distinction entre « provocation à l'infraction » et « provocation à la preuve » », *RSC*, 2014, p. 843
- « Équité du procès, loyauté des preuves et droit au silence », *RSC*, 2015, p.971

C. Ribeyre, « Quand loyauté rime avec imprévisibilité ! », *JCP G*, 2017, n°52, p. 1376

G. Roujou de Boubée, « Conséquences d'une divergence d'appréciation entre deux chambres de la Cour de cassation », *D.*, 2004, p.2759

G. Roussel, « Validité de la sonorisation d'une cellule de maison d'arrêt », *AJ Pénal*, 2015, p.552

G. Royer, « L'obligation de loyauté de l'officier de police judiciaire dans la rédaction des procès-verbaux d'interrogatoire durant l'enquête », *AJ Pénal*, 2007, p.285

S

C. Saas :

- « Loyauté et provocation policière à l'infraction », *AJ Pénal*, 2006, p.510
- « Vers une reconnaissance de la loyauté dans la discussion de la preuve ? », *AJ Pénal*, 2007, p.331

M. Sanchez, « Flagrance, apparence et provocation ou la souplesse des règles de preuve », *D.*, 2004, p.1845

A. Seïd Algadi, « De l'atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves », *La lettre juridique*, 20 juillet 2017, n°707

R. Stone, « Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act : Practice and Principles », *Web Journal of Current Legal Issues*, 1995

T

Ph. Théry, « Apparence : 1 - vérité : 0 - observations sur la loyauté dans la recherche des preuves », *RTD civ.*, 2017, p.719

V

E. Vergès :

- « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », *AJ Pénal*, 2006, p.354
- « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *D.*, 2014, p.407

G. Vermelle, « Appréhension de documents par un salarié (erreur de droit et droits de la défense) », *RSC*, 2004, p.866
V. Vigneau, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2011, p.618
H. Vlamynck :

- « Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes », *AJ Pénal*, 2004, p.187
- « Première approche policière et pratique du projet de code de procédure pénale », *AJ Pénal*, 2010, p.174
- « Droit de ne pas s'auto-incriminer et loyauté de la preuve », *AJ Pénal*, 2014, p.194
- « La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière », *AJ Pénal*, 2014, p.325

IV. Décisions de justice :

A. Juridiction constitutionnelle : Conseil constitutionnel

- Décisions DC :

Cons. const., 2 déc. 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail, n°76-70 DC : Rec. Cons. const. 1976, p.39
Cons. const., 18 janv. 1995, Loi relative à la vidéosurveillance, n°94-352 DC
Cons. const., 16 juill. 1996, Loi relative aux perquisitions de nuit, n°96-377 DC
Cons. const., 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, n°2006-535 DC : Rec. Cons. const. 2006, p.50

- Questions prioritaires de constitutionnalité :

Cons. const., 30 juill. 2010, n°2010-14/22 QPC, Rec. p.298
Cons. const., 6 mai 2011, n°2011-125 QPC ; *D.* 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinot ; *AJ Pénal* 2011. 471, obs. J.-B. Perrier ; *Constitutions* 2011. 525, obs. E. Daoud et A. Talbot ; *RSC* 2011. 415, obs. J. Danet
Cons. const., 18 nov. 2011, n°11-191/194/195/196/197 QPC

B. Juridiction européenne : CEDH

CEDH, 27 juin 1968, Neumeister c/ Autriche, Req. n°1936/63

CEDH, 9 oct. 1979, Airey c/ Irlande, Req. n°6289/73

CEDH, 13 mai 1980, Artico c/ Italie, Req. n°6694/74

CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Req. n°10862/84, Série A n°140 ; *RSC* 1988. 840, obs. Pettiti et Teitgen

CEDH, 24 avr. 1990, Kruslin c/ France, Req n°11801/85 ; *D*. 1990. 353, note J. Pradel ; *ibid*. 187, chron. R. Koering-Joulin ; *RSC* 1990. 615, obs. L.-E. Pettiti ; *RTD civ*. 1991. 292, obs. J. Hauser

CEDH, 24 avr. 1990, Huvig c/ France, Req. n°11105/84 ; *RSC* 1990. 615, obs. L.-E. Pettiti

CEDH, 25 févr. 1993, Funke c/ France, Req. n°10828/84 ; *AJDA* 1993. 483, chron. J.-F. Flauss ; *D*. 1993. 457, note J. Pannier ; *ibid*. 387, obs. J.-F. Renucci ; *RSC* 1993. 581, obs. L.-E. Pettiti ; *ibid*. 1994. 362, obs. R. Koering-Joulin ; *ibid*. 537, obs. D. Viriot-Barrial

CEDH, 8 févr. 1996, John Murray c/ Royaume-Uni, Req. n°18731/91 ; *RSC* 1996. 30 ; *JCP* 1997-I-4000 obs. F. Sudre

CEDH, 17 déc. 1996, Saunders c/ Royaume-Uni, Req. n°19187/91 ; *RSC* 1997. 476, obs. R. Koering-Joulin

CEDH 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/ Portugal, Req. n°25829/94, Rec. 1998-IV ; *JCP* 1999. I. 105, n° 38, obs. F. Sudre ; *RSC* 1999. 401, obs. R. Koering-Joulin

CEDH, 21 déc. 2000, Quinn c/ Irlande, Req. n°36887/97

CEDH, 3 mai 2001, J. B. c/ Suisse, Req. n°31827/96 ; *JCP* 2001-I-342, n° 13, obs. F. Sudre

CEDH, 25 sept. 2001, PG et JH c/ Royaume-Uni, Req. n°44787/98 ; *JDI* 2002, p.301

CEDH, 21 mars 2002, Calabro c/ Italie et Allemagne, Req. n°59895/00

CEDH, 5 nov. 2002, Allan c/ Royaume-Uni, Req. n°48539/99

CEDH, 7 sept. 2004, Eurofinacom c/ France, Req. n°58753/00

CEDH, 27 oct. 2004, Edwards et Lewis, c/ RU, Req. n^{os}33647/98 et 40461/98

CEDH, 24 mars 2005, Rieg c/ Autriche, Req. n°63207/00 ; *RSC* 2006. 431, obs. F. Massias

CEDH, 31 mai 2005, Vetter c/ France, Req. n°59842/00

CEDH, 4 oct. 2005, Shannon c/ Royaume-Uni, Req. n°6563/03 ; *RSC* 2006. 431, obs. F. Massias

CEDH, 15 déc. 2005, Vaniane c/ Russie, Req. n°53203/99 ; *RSC* 2006. 431, obs. F. Massias

CEDH, 20 déc. 2005, Wisse c/ France, Req. n°71611/01 ; *AJ Pénal* 2006. 128, obs. J.-P. Céré ; *D.* 2006. 764, note D. Roets ; *RSC* 2006. 423, obs. P. Poncela ; *ibid*. 662, chron. F. Massias ; *ibid*. 2007. 607, obs. J. Buisson
CEDH, 11 juill. 2006, Jalloh c/ Allemagne, Req. n°54810/00
CEDH, 17 oct. 2006, Göçmen c/ Turquie, Req. n°72000/01
CEDH, 26 oct. 2006, Khoudobine c/ Russie, Req. n°59696/00
CEDH, 5 fév. 2008, Ramanauskas c/ Lituanie, Req. n°74420/01 ; *RSC*. 2008, p. 692, obs. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; *ibid*. 2009. 694, obs. A. Giudicelli ; *RTDH* 2009. 211 obs. Ch. de Valkeneer, *Droit pénal* 2009. 22 obs. E. Dreyer, §73
CEDH, 1er juin 2010, Gäfgen c/ Allemagne, Req. n°22978/05
CEDH, 14 oct. 2010, Brusco c/ France, Req. n°1466/07 ; *D*. 2010. 2950, note J.-F. Renucci ; *ibid*. 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid*. 2783, chron. J. Pradel ; *RSC* 2011. 211, obs. D. Roets ; *JCP* 2011. 191 obs. A. Maron ; *Gaz. Pal.* 2010. 5 p.2858, note M. Bougain ; *Droit pénal* 2011, n°4, chron. 3, com. 26, obs. E. Dreyer, et n°9, Chron. 6, com. 9, obs. V. Lesclous
CEDH, 7 avr. 2011, Stojkovic c/ France et Belgique, Req. n°25303/08
CEDH, 17 janv. 2012, Othman c/ Royaume-Uni, Req. n°8139/09 ; *JCP* 2012. 924, obs. F. Sudre, p.1534
CEDH, 25 sept. 2012, El Haski c/ Belgique, Req. n°649/08 ; *JCP* 2013. 64, obs. F. Sudre, p.94
CEDH, 19 mars 2015, Corbet et autres c/ France, Req. n°7494/11, n°7493/11 et n°7989/11

C. Juridictions judiciaires :

- Cour de cassation

- Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, *Bull.* n°440
Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, *Bull.* n°1 ; *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
Cass. Ass. plén., 15 avr. 2011, *Bull*. n°1

Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, *Bull.* n°2 ; *D.* 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid*. 1738, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2015. 362, note C. Girault ; *RSC* 2015. 117, obs. P.-J. Delage, et 971, chron. J.-F. Renucci ; *Gaz. Pal.* 21 mars 2015. 10, note S. Raoult
Cass. Ass. plén. 10 nov. 2017, pourvoi n°17-82.028 ; *JCP G* 2017. n°52 p.1376 C. Ribeyre ; *ibid*. 2017. p.1366 A. Gallois ; *AJ Pénal* 2018. p.100 C. Kurek

- Chambres réunies de la Cour de cassation

Cass. ch. réun., 31 janv. 1888, arrêt Wilson ; *S.* 1889. 1. 241

- Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. crim., 28 oct. 1942 ; *D.C.* 1943, 89 note Donnedieu de Vabres
Cass. crim., 12 juin 1952, arrêt Imbert, *Bull. crim.* n°153 ; *S.* 1954, 1, p.69 note A. Legal
Cass. crim., 2 juill. 1958, *Bull. crim.* n° 513
Cass. crim., 2 mars 1971, *Bull. crim.* n°71 ; *RSC* 1972, p.859
Cass. crim., 16 mars 1972, *Bull. crim.* n°108
Cass. crim., 2 oct. 1979, *Bull. crim.* n°266
Cass. crim., 9 oct. 1980, arrêt Tournet, *Bull. crim.* n°153 ; *JCP* 1980, IV, p. 414
Cass. crim., 5 mars 1985, *Bull. crim.* n°102
Cass. crim., 28 avr. 1987, *Bull. crim.* n°173
Cass. crim., 13 juin 1989, *Bull. crim.* n°254
Cass. crim., 8 nov. 1989, *Bull. crim.* n°406
Cass. crim., 18 déc. 1989, *Bull. crim.* n°485 ; *D*. 1991, p.174
Cass. crim., 24 oct. 1990, *Bull. crim.* n°355
Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* n°381
Cass. crim., 17 oct. 1991, pourvoi n°90-84.887
Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* n°381
Cass. crim., 11 févr. 1992, *Bull. crim.* n°66 ; *Droit pénal*, 1992, comm. n°299, obs. A. Maron
Cass. crim. 22 avr. 1992, *Bull. crim.* n°169 ; *D*. 1995, p.59 note H. Matsopoulou
Cass. crim., 23 juil. 1992, *Bull. crim.* n°274 ; *Droit pénal,* 1992, comm. n°299, obs. A. Maron
Cass. crim., 6 avr. 1993, arrêt Turquin, pourvoi n°93-80.184 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat ; J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts de la procédure pénale, 4e éd. Dalloz, 2003, n°16, p.189

Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n°210 ; *D.* 1994 jurisp. p.613 C. Mascala

Cass. crim., 6 avr. 1994, *Bull. crim.* n°136

Cass. crim., 27 févr. 1996, arrêt Schuller, *Bull. crim.* n°93 ; *D.* 1996. 346, note C. Guéry ; *RSC* 1996. 689, obs. J.-P. Dintilhac

Cass. crim., 16 déc. 1997, *Bull. crim.* n°427

Cass. crim., 19 janv. 1999, *Bull. crim.* n°9 ; *JCP* 1999, II, 10156, note D. Rebut

Cass. crim., 24 fév. 1999, pourvoi n°98-83.574 ; *D.* 1999, p. 560, note J. Coulon

Cass. crim., 30 mars 1999, *Bull. crim*. n°59 ; *Procédures* 1999, comm. n° 215, obs. J. Buisson ; *D.* 2000, p. 391, note Garé

Cass. crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.* n°87

Cass. crim., 23 juin 1999, pourvoi n°98-84.701

Cass. crim., 23 nov. 1999, *Bull. crim.* n° 269

Cass. crim., 12 sept. 2000, pourvoi n°99-87.251

Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n°369 ; *D.* 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing

Cass. crim., 28 nov. 2001, *Bull. crim.* n°247

Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n°131 ; *D*. 2003, p.1309 chron. L. Collet-Askri ; *RSC* 2002, p.879, obs. Renucci

Cass. crim., 17 déc. 2002, *Bull. crim.* n°231 ; *Gaz. Pal.* 23 mai 2003, p.17 concl. D. Commaret, note A. Damien et O. Echappé

Cass. crim., 8 janv. 2003, *Bull. crim.* n°5

Cass. crim., 1er oct. 2003, *Bull. crim.* n°176 ; *D*. 2004, p.1845, note Sanchez

Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.* n°113 ; *D.* 2004, p. 2326, note Kobina Gaba ; *JCP* 2004, II, 10124, note C. Girault ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 122, obs. Veron

Cass. crim., 12 oct. 2004, n°04-80.624

Cass. crim., 13 oct. 2004, *Bull. crim.* n°243 ; *AJ Pénal*, 2004, p.451 obs. C. S. Enderlin

Cass. crim., 8 juin 2005, *Bull. crim.* n°173 ; *Gaz. Pal.* 13-14 janv. 2006, p.15

Cass. crim., 7 déc. 2005, *Bull. crim.* n°327

Cass. crim., 1er mars 2006, *Bull. crim.* n°59 ; *D*. 2006. 1504, note J. Pradel ; *AJ Pénal* 2006. 222, obs. J.-P. Céré ; *RSC* 2007. 611, obs. J. Buisson

Cass. crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.* n°132 ; *RSC* 2006. 876 et 879, note J-F Renucci ; *D.* 2006. 1772 ; *AJ Pénal* 2006. 354, note E. Verges

Cass. crim., 9 août 2006, *Bull. crim.* n°202 ; *AJ Pénal* 2006. 510 obs. Saas

Cass. crim., 30 oct. 2006, pourvoi n°06-86.176

Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n°27

Cass. crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.* n°37 ; *D.* 2007. 2012, note J.-R. Demarchi ; *RSC* 2007. 331, obs. R. Finielz ; *RSC* 2007. 560, obs. J. Francillon ; *AJ Pénal* 2007. 233, obs. M.-E. Charbonnier

Cass. crim., 21 mars 2007, *Bull. crim.* n°89 ; *D.* 2007. 1024, obs. A. Darsonville et 1817, chron. D. Caron, S. Ménolli ; *RSC* 2007. 841, obs. R. Finielz et 897, obs. J.-F. Renucci ; *AJ Pénal* 2007. 286, obs. G. Royer

Cass. crim., 3 avr. 2007, *Bull. crim.* n°102

Cass. crim., 4 avr. 2007, pourvoi n°07-80.253

Cass. crim., 24 avr. 2007, *Bull. crim.* n°108 ; *AJ Pénal* 2007. 331, obs. C. Saas ; *RSC* 2007. 815, obs. Y. Mayaud ; *ibid*. 838, obs. R. Finielz ; *ibid*. 895, obs. J.-F. Renucci

Cass. crim., 16 janv. 2008, *Bull. crim.* n°14 ; *D*. 2008. 2757, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2008. 148 ; *RSC* 2008. 367, obs. R. Finielz ; *AJ Pénal* 2008. 148, obs. M.-E. Charbonnier

Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* n°141

Cass. crim., 27 mai 2009, *Bull. crim.* n°108 ; *AJ Pénal* 2009. 367, obs. L. Ascenci ; *D*. 2009. 1697, obs. C. Girault ; *ibid*. 2238, obs. J. Pradel ; *RSC* 2009. 595, obs. Y. Mayaud ; *ibid*. 866, obs. R. Finieltz ; *ibid*. 899, obs. J. Buisson ; *Procédures* 2009. comm. 284, note J. Buisson ; *Droit pénal* 2009. comm. 114, note A. Maron et M. Haas

Cass. crim., 9 juin 2009, *Bull. crim.* n°118 ; *D*. 2009. 1714, obs. P. Chaumont et E. Degorce ; *D*. 2010. Jur. 306, note H. Kobina Gaba ; *AJ pénal* 2009. 361 ; *RTD com.* 2009. 814, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2009. 2055, note M. Véron

Cass. crim. 27 janv. 2010, *Bull. crim.* n°16 ; *Dalloz actualité*, 17 mars 2010, obs. C. Gayet ; *D.* 2010. 656 ; *AJ Pénal* 2010. 280, étude J. Lasserre Capdeville ; *Rev. sociétés* 2010. 241, note B. Bouloc ; *RTD com.* 2010. 617, obs. B. Bouloc

Cass. crim., 16 juin 2011, *Bull. crim.* n°134

Cass. crim., 21 juin 2011, *Bull. crim*. n° 149 ; *AJ pénal* 2011. 466 ; *D*. 2011. 1900 ; *ibid*. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *RSC* 2011. 853, obs. A. Cerf-Hollender ; *Droit pénal* 2011. Com. 121, note M. Véron ; *Gaz. Pal*., 9-10 nov. 2011, n° 313 à 314 ; *RPDP* 2012. 146. 414

Cass. crim., 22 nov. 2011, *Bull. crim.* n°234

Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim.* n°27 ; *D.* 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid*. 914, note F. Fourment ; *ibid*. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-Ph. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; *RPDP* 2012. 157, obs. Ambroise-Castérot

Cass. crim., 14 févr. 2012, *Bull. crim.* n°43 ; *AJ Pénal* 2012. 159, obs. C. Guéry ; *JCP* 2012. 418, obs. J.-Y. Maréchal ; *Droit pénal* 2012. comm. 61, obs. A. Maron et M. Haas

Cass. crim., 7 mars 2012, *Bull. crim.* n°64
Cass. crim., 14 mars 2012, *Bull. crim.* n°73
Cass. crim., 5 mars 2013, *Bull. crim.* n°56 ; *Dalloz actualité*, 20 mars 2013, obs. S. Fucini ; *D.* 2013. 711 ; *ibid*. 1993, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2013. 288, obs. L. Belfanti ; *RSC* 2013. 595, obs. J. Danet
Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n°197
Cass. crim., 27 nov. 2013, *Bull. crim.* n°238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, A.-S. Chavent-Leclère ; *Droit pénal 2*014, comm. 29, obs. A. Maron et M. Haas ; *JCP G* 2014, 139, S. Detraz
Cass. crim., 7 janv. 2014, *Bull. crim.* n°1 ; *Dalloz actualité*, 27 janv. 2014, obs. S. Fucini ; *ibid*., 9 janv. 2014, obs. A. Portmann ; *D*. 2014. 407, note E. Vergès ; *ibid*. 264, entretien S. Detraz ; *ibid*. 1736, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2014. 194, obs. H. Vlamynck ; *RSC* 2014. 130, obs. J. Danet ; *Droit pénal* 2014, étude 7, A. Bergeaud-Wetterwald ; *JCP G* 2014, 272, A. Gallois ; *Droit pénal* 2014, comm. 32, A. Maron et M. Haas
Cass. crim., 5 mars 2014, pourvoi n°13-82.698
Cass. crim., 30 avr. 2014, *Bull. crim*. n°119 ; *D.* 2014. 1042 ; *ibid*. 1736, obs. J. Pradel ; *AJ Pénal* 2014. 374, obs. P. de Combles de Nayves ; *CCE* 2014. comm. 73, note A. Lepage ; *JCP* 2014. 583 ; *Gaz. Pal.* 14 juin 2014. 183, J. Larregue
Cass. crim., 3 sept. 2014, pourvoi n°11-83.598
Cass. crim., 16 déc. 2014, *Bull. crim.* n°273
Cass. crim., 28 janv. 2015, *Bull. crim*. n°23 ; *Dalloz actualité*, 10 févr. 2015, obs. Fucini ; *Droit pénal*. 2015, n°43, note Maron et Haas
Cass. crim., 4 févr. 2015, *Bull. crim*. n°26 ; *Dalloz actualité*, 25 févr. 2015, obs. C. Fonteix ; *AJ Pénal*, 2015, p.139, obs. J. Lasserre Capdeville
Cass. crim., 17 mars 2015, *Bull. crim*. n°54 ; *D*. 2015. 1395, chron. G. Barbier, B. Laurent et G. Guého ; *AJ Pénal* 2015. 552, obs. G. Roussel ; *RSC* 2015. 405, obs. D. Boccon-Gibod
Cass. crim., 31 mars 2015, pourvoi n°14-86.913
Cass. crim., 9 avr. 2015, *Bull. crim.* n°76
Cass. crim., 14 avr. 2015, *Bull. crim.* n°87 ; *JCP G*, 2016, n°27, p.789, O. Décima
Cass. crim., 15 déc. 2015, Bull. crim. n°592
Cass. crim., 15 déc. 2015, *Bull. crim.* n°633 ; *Dalloz actualité*, 15 janvier 2016 obs. C. Benelli-de Bénazé
Cass. crim., 7 juin 2016, *Bull. crim*. n°174 ; *Dalloz actualité*, 30 juin 2016, obs. S. Fucini ; *D*. 2016. 1597, chron. B. Laurent, L. Ascensi, E. Pichon et G. Guého

Cass. crim., 20 sept. 2016, *Bull. crim.* n° 244 ; *Droit pénal* 2016, comm. 164 et nos obs. ; *Procédures* 2016, comm. 341, obs. A.-S. Chavent-Leclère ; *JCP G* 2017, doctr. 1173, §15, obs. J.-B. Perrier ; *Gaz. Pal.* 2016, n°36, p.10, obs. R. Mésa ; *Gaz. Pal.* 24 janv. 2017, p.56, obs. F. Fourment ; *CCE* 2016, comm. 92, obs. A. Lepage ; *JCP G* 2016, II, 1177, obs. A. Gallois ; *Dalloz actualité*, 22 sept. 2016, obs. S. Fucini ; *RSC* 2016, p. 797, obs. F. Cordier ; *AJ Pénal* 2016, p.600, obs. C. Ambroise-Castérot

Cass. crim., 2 nov. 2016, pourvoi n°16-81.716, publié au Bulletin

Cass. crim., 28 févr. 2017, pourvoi n°15-87.378

Cass. crim., 25 avr. 2017, pourvoi n° 16-87.518, publié au Bulletin

Cass. crim., 11 juill. 2017, pourvoi n°17-80.313, publié au Bulletin ; *D.* 2017. 1532 ; *ibid*. 2018. 196, chron. B. Laurent, G. Barbier, E. Pichon, L. Ascensi et G. Guého ; *AJ Pénal* 2017. 436, note J.-B. Perrier

Cass. crim., 9 mai 2018, pourvoi n°17-86.558

- Chambres civiles de la Cour de cassation

- Première chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 1ère, 6 oct. 2011, *Bull. civ.* I, n°162 ; *D.* 2012. 765, obs. E. Dreyer.

Cass. civ. 1ère, 25 janv. 2017, pourvoi n° 15-25.210, publié au Bulletin ; *D.* 2017. 304 ; *Dalloz IP/IT* 2017. 335, obs. A. Lecourt ; *RTD civ*. 2017. 489, obs. N. Cayrol ; *RTD com*. 2017. 92, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p.57, obs. L. Mayer

- Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 2ème, 7 oct. 2004, *Bull. civ.* II, n°447 ; *D.* 2005, p. 122 note Ph. Bonfils ; *AJ pénal* 2005. 30, obs. C. S. Enderlin ; *JCP* 2005. II. 10025 note Léger

- Chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. com., 3 juin 2008, *Bull. civ.* IV, n°112 ; *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. Bouloc

Cass. com., 24 mai 2011, *Bull. civ.* IV, n°82

- Chambre sociale de la Cour de cassation

Cass. soc., 20 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n°519 ; *D.* 1992, Jurisp. p. 73, concl. Y. Chauvy.

Cass. soc. 2 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n°535

Cass. soc., 30 juin 2004, *Bull. civ.* V, n°187

Cass. soc., 23 mai 2007, *Bull. civ.* V n°85 ; *D.* 2007. 2284, obs. A. Fabre, note C. Castets-Renard ; *ibid*. 2008. 2820, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur ; *RDT* 2007. 530, obs. R. de Quenaudon

Cass. soc., 10 janv. 2012, *Bull. civ.* V, n°2

Cass. soc., 4 juill. 2012, *Bull. civ.* V, n° 208

Cass. soc., 5 nov. 2014, *Bull. civ.* V, n°255

- Cours d'appel

CA Aix-en-Provence, ch. d'accusation, 29 oct. 1992

CA Paris, ch. d'accusation, 8 févr. 1995

CA Paris, ch. d'accusation, 22 juin 1998

CA Montpellier, 5 juin 2001, n°00-01.712

CA Toulouse, 4 avr. 2002, n°2001/02182

CA Nîmes, 23 mars 2006, n°06/00321

CA Paris, ch. ins., 26 sept. 2006

CA Paris, 19 juin 2007

CA Mamoudzou, ch. ins., 4 oct. 2007

CA Versailles, ch. ins., 25 janv. 2008

CA Chambéry, 23 avr. 2009

CA Bordeaux, ch. ins., 28 juin 2011

CA Versailles, ch. ins., 4 juill. 2013

CA Paris, ch. ins., 18 nov. 2013

CA Paris, ch. ins., 5 juin 2014

CA Rennes, ch. ins., 7 nov. 2014

CA Paris, ch. ins., 26 janv. 2016

CA Versailles, ch. ins., 16 déc. 2016

CA Bordeaux, 21 sept. 2017, n°16/00204, *Droit pénal des affaires*, 26 sept. 2017, note D. Goetz

- Juridictions du premier degré

T. corr. Bordeaux, 12 janv. 2016, n° 11027000050, *Dalloz actualité*, 19 janv. 2016, obs. S. Fucini

V. Sites internet :

http://www.cnrtl.fr/definition/academie8/loyaut%C3%A9
https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/organisation/defenseur#_ftn1
http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=1838340900;

Tables des matières

Introduction……...1

PARTIE 1 : L'éviction des personnes privées de la condition de loyauté par l'application du principe de liberté de la preuve rapportée……14

CHAPITRE 1 : L'exclusion des personnes privées du champ de la loyauté de la preuve pénale……14

Section 1 : La loyauté de la preuve pénale, une fiction s'agissant des personnes privées……..14

§I. La recevabilité compréhensible des preuves déloyales…….15

A. La diversité des illustrations en matière d'inexistence de la condition de loyauté de la preuve pénale……15

1. L'insuffisance de la loyauté de la preuve pénale dans la garantie des droits et obligations des mis en cause…….15

2. L'utilisation étonnante du critère de loyauté par les juges du fond à l'égard des personnes privées…….17

B. Les justifications de la position complaisante des juges au profit des personnes privées de la loyauté de la preuve pénale……19

1. L'absence de pouvoirs coercitifs des personnes privées dans la recherche de la preuve pénale……...19

2. L'inapplication relative des règles procédurales aux personnes privées……...20

§II. La recevabilité critiquable des preuves illégales…….22

A. Loyauté et légalité, des notions similaires mais non-identiques……...22

1. La transposition des effets de la preuve déloyale en justice à la preuve illégale……..22

2. Le comportement déloyal et illégal d'une personne privée, critère indifférent à la recevabilité d'une preuve profitant à l'autorité publique……..24

B. Des poursuites pénales infructueuses à l'encontre d'une personne privée et de sa preuve illégale……..25

Section 2 : La coexistence de deux mouvements antagonistes en matière de déloyauté de la preuve pénale……...28

§I. La reconnaissance opportune du législateur de la jurisprudence relative à l'opération de testing……28

A. L'admission authentique par la jurisprudence des preuves découlant de l'opération de testing ……...28

1. La preuve déloyale des infractions de discrimination, l'enjeu fondamental de l'opération de testing……28

2. Une position jurisprudentielle favorable à l'opération de testing au détriment de la loyauté de la preuve pénale……..29

B. La confirmation stérile par le législateur du nouveau mode de preuve pénale déloyale…31

1. La consécration légale d'une solution jurisprudentielle classique relative à l'opération de testing……..31

2. La constitutionnalité de l'article 225-3-1 du Code pénal au regard des droits de la défense et de la loyauté de la preuve…….32

§II. L'atténuation justifiée de la reconnaissance intégrale des preuves déloyales……..35

A. La neutralisation légitime du caractère déloyal d'une preuve par les besoins de la défense……..35

1. La compensation attendue à la déloyauté d'une preuve pénale…….35

2. La loyauté de la preuve pénale, un principe émergent à l'égard des personnes privées ?……...37

B. Le manque de persévérance de la jurisprudence dans le maintien de solutions favorables au principe de loyauté de la preuve pénale……38

CHAPITRE 2 : L'affaiblissement relatif du rôle du juge pénal dans l'admission des preuves déloyales…….40

Section 1 : La condition de loyauté de la preuve pénale éclipsée par le principe du contradictoire ……..40

§I. L'admission critiquée de la preuve pénale soumise à la discussion contradictoire……..40

A. L'exclusion de la loyauté par une application en demi-teinte du principe de liberté de la preuve pénale……41
1. L'absence d'appropriation légale du principe de loyauté de la preuve pénale……..41
2. Le principe du contradictoire, exception ou substitut du principe de loyauté de la preuve pénale ?……42
B. Le retour fragile de la loyauté de la preuve pénale à travers la défense de l'ordre et la protection des droits de la partie civile……..44
1. L'apparition d'une limite au principe du contradictoire des preuves déloyales……44
2. L'application ciblée d'un contrôle général de nécessité et de proportionnalité à la déloyauté de la preuve pénale……...46

§II. L'affirmation ordinaire du principe de liberté d'appréciation des preuves des juges du fond……...47
A. La valeur probante des preuves indépendante de leur caractère loyal……47
1. Le débordement du principe de liberté d'appréciation des preuves par les juges du fond sur la condition de loyauté de la preuve pénale……48
2. La déloyauté d'une preuve pénale, limite minime à la liberté d'appréciation de la preuve par les juges……..48
B. L'absence de hiérarchie explicite entre les preuves loyales et déloyales des personnes privées ……..50
1. L'exclusion de toute hiérarchie par l'approche négative de la preuve déloyale ……..50
2. Une hiérarchie non-affirmée entre les preuves loyales et déloyales par l'approche positive de la preuve déloyale……..51

Section 2 : Les jurisprudences divergentes des chambres de la Cour de cassation dans l'application du principe de loyauté des preuves……...54

§I. La dualité des solutions des chambres de la Cour de cassation face à la loyauté des preuves pénales et civiles……54
A. L'acceptation à géométrie variable du principe de loyauté de la preuve……..54
1. La contradiction assumée des jurisprudences dans la mise en œuvre du principe de loyauté de la preuve……..55
2. La soumission logique mais contestée des preuves à la condition de loyauté des preuves dans le cadre de procédures à coloration répressive……..56

B. Les raisons de l'hétérogénéité des conceptions du principe de loyauté de la preuve…….58
1. Des fondements distincts nécessairement fonction de la matière probatoire……58
2. La dépendance de l'application du principe de loyauté à la finalité de la preuve……..60

§II. Les causes d'irresponsabilité au service de l'harmonisation de la jurisprudence…….61
A. Les poursuites pénales en cas de preuve déloyale non-nécessaire à la défense, solution commune aux chambres de la Cour de cassation……...61
1. La poursuite d'infractions, corollaire du principe de loyauté de la preuve……62
2. L'émergence d'une condition d'acceptation des preuves déloyales…….63
B. L'impossibilité contestable d'invoquer l'erreur sur le droit en raison des jurisprudences divergentes……64

Conclusion de la Partie 1……66

PARTIE 2 : La subordination du principe de liberté de la preuve rapportée par l'autorité publique à la condition de loyauté……..67

CHAPITRE 1 : L'incitation à la commission d'une infraction, une problématique récurrente en matière de loyauté probatoire…….67

Section 1 : L'incitation déloyale à l'infraction, une interdiction jurisprudentielle et légale indéniable…….67

§I. La détermination des agissements délictueux, condition nécessaire à l'incitation à la commission de l'infraction……68
A. L'imprécision illégitime de la notion de provocation policière ……68
1. L'absence de définition de la provocation policière, une occasion saisie par la jurisprudence européenne……68
2. Une nature et des effets flous, la conception jurisprudentielle inachevée de la provocation policière……...70
B. L'imperfection de cette condition dans la recherche de la violation du principe de loyauté de la preuve pénale……71

1. Le respect du principe de loyauté de la preuve pénale en cas de neutralisation de la provocation à l'infraction…….....72
2. L'atténuation de l'obligation de caractériser l'infraction découlant de la provocation policière……...74

§II. Le rejet de la preuve obtenue par un comportement actif de l'autorité publique, un postulat louable……...76
A. Les jurisprudences antinomiques d'un même comportement actif dans le cadre de provocations policières…….76
1. La censure pertinente de la déloyauté caractérisée par la constitution de sites internet pédopornographiques……...76
2. La conformité malaisée de la création de sites internet en matière de fraude bancaire au principe de loyauté de la preuve pénale……78
B. La loi, caisse de résonance limitée de la jurisprudence relative à l'interdiction d'inciter à la commission d'une infraction…….80

Section 2 : L'étendue considérable des effets du principe de loyauté de la preuve pénale au regard des provocations policières……83

§I. L'impact de la participation d'une personne privée à l'obtention d'une preuve sur le caractère actif du comportement de l'autorité publique…….84
A. La soumission fondée de tout prolongement de l'autorité publique à une application stricte du principe de loyauté…….84
1. L'application en tout temps du principe de loyauté de la preuve pénale à l'égard de l'autorité publique……84
2. La qualification légitime de machination d'un particulier dans le giron de l'autorité publique ……...85
B. Les comportements de la personne privée et de l'autorité publique, interchangeables ?...86

§II. L'irrecevabilité justifiée de toute preuve consécutive à une provocation……87
A. La nullité logique de la preuve pénale des infractions incitées par la provocation déloyale……88
1. L'impossibilité formelle des juges internes de poursuivre une infraction fruit d'une provocation policière……...88

2. L'impossibilité relative des juges européens de poursuivre une infraction fruit d'une provocation policière……...89
B. La nullité étendue de la preuve des infractions découvertes par la provocation à la commission d'une infraction……90

CHAPITRE 2 : Une autorité publique soumise à l'exigence de loyauté dans la provocation à la preuve pénale……92

Section 1 : Le critère de licéité, une atténuation de l'importance de la loyauté de la preuve pénale……92

§I. La violation du droit légitimement assimilée à celle de la loyauté……92
A. L'absence critiquable de référence au principe de loyauté de la preuve pénale dans la violation du droit interne……...93
1. La déloyauté inhérente à la commission d'une infraction…….93
2. La relation étroite entre déloyauté et inobservation des formes prescrites par la loi…..93
B. Les effets irréfutables de la méconnaissance d'une disposition conventionnelle sur le principe de loyauté de la preuve pénale…….95

§II. La licéité acceptable de modes de preuves par essence déloyaux……97
A. La déloyauté propre à certains modes de preuve……..97
B. La protection du caractère déloyal d'une preuve pénale par la Convention européenne...99
1. La prévisibilité obligatoire des mesures déloyales……99
2. Une déloyauté nécessaire (et proportionnée) dans une société démocratique…….101

Section 2 : La déloyauté indépendante du respect des règles légales, une position jurisprudentielle contraignante……103

§I. Le stratagème, élément caractéristique de la déloyauté de la preuve pénale……..103
A. La déloyauté caractérisée par la combinaison de mesures d'investigations……104
1. La naissance de la notion de stratagème, un critère récent en matière de provocation à la preuve…….104
2. L'apport indéniable en matière de loyauté de la jurisprudence relative à la garde à vue…….105

B. La censure jurisprudentielle du comportement actif de l'autorité publique……108
1. Le comportement passif de l'autorité publique, éviction de tout stratagème……..109
2. Le rejet logique de toute participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention d'une preuve par une personne privée……..111

§II. La loyauté au service de la protection des droits de la défense……...114
A. La protection effective des droits de la défense par le principe de loyauté de la preuve pénale……..114
1. La suprématie incontestable des droits de la défense……..114
2. Le refus jurisprudentiel du contournement des garanties légales au nom du principe de loyauté……...116
B. La dépendance du principe de loyauté au champ d'application des droits de la défense……117
1. Le contournement existant des garanties légales par la combinaison déloyale de mesures d'investigations……117
2. L'absence de contournement de garanties légales par la sonorisation de parloirs de maison d'arrêt……119

Conclusion de la Partie 2……...122

Conclusion générale……..123

Index……...127

Bibliographie……132