Les principes de loyauté de la preuve et d'équité du procès. Infiltration et provocation policières

EN ANGLETERRE, EN BELGIQUE, EN ESPAGNE, AU QUÉBEC ET EN ROUMANIE

Coordination, révision et synthèse par :
Daniela BORCAN, docteur en droit, ingénieur de recherche à JURISCOPE

Avec la collaboration de :
Robin SELLERS, professeur, *The City Law School, City, University of London, barrister*, Barreau de l'Angleterre et du Pays de Galles, rapporteur pour le droit anglais

Laurent KENNES, avocat, maître de conférence - Université libre de Bruxelles et **David RIBANT,** avocat, assistant en droit pénal et de procédure pénale - Université Saint-Louis de Bruxelles, rapporteurs pour le droit belge

Iñaki ESPARZA LEIBAR ET Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA, professeurs de droit procédural, Université du Pays Basque (EHU), rapporteurs pour le droit espagnol

Simon ROY, professeur, université de Sherbrooke, rapporteur pour le droit canadien

Daniela BORCAN, rapporteur pour le droit roumain, avec l'appui du Parquet près de la Haute cour de cassation et de justice roumaine, Direction d'investigation des infractions de criminalité organisée et de terrorisme

Etude réalisée à la demande du Ministère de la Justice, Direction des affaires européennes et internationales

Etude à jour au 15 mai 2019

SYNTHESE

L'état de droit se caractérise par le nécessaire équilibre entre l'intérêt public d'une recherche efficace et aussi complète que possible des indices, des charges puis des preuves, et l'intérêt des parties au respect de leurs droits fondamentaux reconnus par l'État. L'étude analyse le cadre juridique général permettant d'assurer cet équilibre dans cinq systèmes nationaux, dont trois du type continental, belge, espagnol et roumain et deux de *commun law*, anglais[1] et québécois[2].

La présente synthèse met en lumière deux principes qui sont fondamentaux dans les deux familles juridiques étudiées : la loyauté de la preuve et l'équité du procès (A). Elle expose l'application de ces principes aux agissements déloyaux et contraires à l'équité du procès, lesquels, lors d'une infiltration policière, constituent une provocation à la commission de l'infraction à prouver (B).

A. Les principes de loyauté de la preuve et d'équité du procès

Dans les systèmes continentaux, la légalité et la loyauté de la preuve assurent l'équilibre des intérêts en jeu. Pour être admissible, il ne suffit pas que la preuve soit pertinente, à savoir utile au procès, mais encore faut-il qu'elle soit licite et loyale. En matière pénale, de nombreuses règles légales expresses encadrent le recueil des éléments de preuve pendant la phase d'enquête. Leur non-respect est sanctionné en principe par l'exclusion de ces éléments de preuve afin qu'ils ne puissent pas fonder le jugement à rendre. En présence d'une vraisemblance d'illégalité ou de déloyauté des poursuites, c'est à l'accusation d'apporter la preuve du caractère irréprochable de sa conduite.

À l'inverse, dans les systèmes de *commun law*, une preuve, soit-elle illicite ou déloyale, est en principe admissible dès lors qu'elle est pertinente. Cette liberté probatoire connaît néanmoins deux limites. D'une part, des règles d'inadmissibilité de la preuve existent, même si elles sont peu nombreuses. Par exemple, en droit anglais, la preuve de la *mauvaise réputation* n'est plus admise depuis 2003. D'autre part, ce sont surtout les « moyens de défense » à la disposition de l'accusé. Forgés par la jurisprudence, ils tendent à garantir l'équité du procès et le droit à ne pas être contraint à s'auto-incriminer. Dans les systèmes de *commun law*, le procès est un « duel judiciaire » des parties, lequel doit néanmoins être porté « à armes égales ». Afin d'obtenir son acquittement, l'accusé peut (et doit) apporter la preuve que la conduite prétendument déloyale de l'accusation rend le procès inéquitable à son égard ou l'a contraint à s'auto-incriminer. La lourdeur de cette charge doit néanmoins être considérée à la lumière de la règle de la divulgation mutuelle obligatoire des éléments de preuve, propre à ces systèmes.

[1] Le système juridique analysé est celui de l'Angleterre et du Pays de Galles, ci-après Angleterre.

[2] Le système juridique analysé est celui du Québec. Toutefois, les principes en matière d'infiltration policière relèvent du droit fédéral canadien.

Ainsi, dans les systèmes continentaux, nous retrouvons en droit espagnol le principe constitutionnel de légalité et le principe de nullité des preuves obtenues directement ou indirectement en violation des droits et libertés fondamentales. En droit roumain, les preuves obtenues de façon illégale, y compris en violation du principe légal de loyauté, ne peuvent être utilisées dans le procès. Enfin, depuis peu, le système belge s'affirme comme une exception parmi les systèmes continentaux. Selon un revirement opéré par la Cour de cassation belge en 2013 et entériné par le législateur la même année, la preuve irrégulière est en principe admissible, sauf lorsque le respect des conditions formelles est prescrit à peine de nullité, que l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou que l'usage d'une telle preuve est contraire au droit à un procès équitable[3].

Au sein des systèmes de *commun law*, en Angleterre, le moyen de défense dit de l'abus de procédure permet à l'accusé de démontrer que les agissements « biaisés » de l'accusation (et les preuves qui en sont issues) rendent le procès inéquitable à son égard. Ce moyen peut conduire à l'arrêt de la procédure, et donc à l'impossibilité de condamner l'accusé. La charge de la preuve pèse néanmoins sur la défense, ce qui pourrait justifier l'opinion que le système de *commun law* (tradition accusatoire) est moins favorable à l'accusé que le système continental (tradition inquisitoire).

Des exceptions existent également au sein de cette famille juridique. Depuis 1984, la loi anglaise entérine l'exclusion des aveux portant auto-incrimination (y compris les aveux ayant été enregistrés par un agent sous couverture), dès lors qu'ils ont été obtenus par contrainte ou suite à toute parole ou action affectant leur fiabilité. Ce moyen peut être soulevé d'office par le juge. La charge de la preuve de la fiabilité de l'aveu pèse sur l'accusation. Au Canada, les preuves pertinentes mais illicites, pour avoir été obtenues en violation des droits fondamentaux de l'accusé, peuvent être écartées par le juge dès lors qu'elles portent atteinte au crédit de la justice. Il s'agit d'une disposition constitutionnelle de 1982 qui constitue un développement de la doctrine de l'abus de procédure.

Il convient d'ajouter qu'en Europe, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme révèle et intègre ces différences. Selon la Cour[4], la loyauté de la preuve et son admissibilité relèvent des droits internes. La Cour ne peut statuer sur l'admissibilité ou l'inadmissibilité de principe d'une preuve obtenue de façon illégale ou déloyale, mais uniquement sur le caractère équitable ou non de la procédure dans son ensemble. Les quatre pays étudiés qui sont signataires de la Convention, l'Angleterre[5], la Belgique, l'Espagne et la Roumanie, ont intégré le principe du droit à un procès équitable dans leurs lois et/ou leurs jurisprudences nationales.

Ce principe, tel que formulé par la Convention européenne des droits de l'homme et appliqué par la Cour s'ajoute, dans les systèmes continentaux, aux principes traditionnels de légalité et de loyauté de la preuve et renforce, dans le système anglais de *commun law*, le principe traditionnel de l'équité du procès.

[3] Cf. ci-dessous, la règle d'exclusion des aveux non fiables, pour atteinte à l'équité du procès, en droit anglais.

[4] Par exemple, CEDH, *Schenk c/Suisse*, 12 juillet 1988, req. n° 10862/84.

[5] Ce pays est encore, à l'heure de ce rapport, membre de l'UE. Il est toutefois à noter que la Convention européenne des droits de l'homme a été transposée dans le droit britannique par la loi *Human Rights Act 1998* (loi de 1998 sur les droits de l'homme).

B. L'infiltration policière et la provocation à la commission de l'infraction à prouver

Dans les systèmes continentaux, l'infiltration ou l'enquête « sous couverture » doit être licite et loyale. Sa mise en place, son déroulement et son contrôle sont strictement encadrés par la loi. La sanction des irrégularités, dont la provocation policière à la commission de l'infraction à prouver, est possible tant dans la phase de poursuites que dans la phase de jugement.

Dans les systèmes de *commun law*, la sanction la plus notable des poursuites déloyales dépend de l'effet que les preuves ainsi recueillies auront sur le caractère équitable du procès. Cette sanction survient lors de la phase de jugement et consiste dans l'arrêt de la procédure ou l'acquittement de l'accusé.

1. L'infiltration policière

En Belgique, en Espagne et en Roumanie, l'infiltration est possible pour des infractions graves énumérées par la loi. Elle a un caractère subsidiaire.

Dans les systèmes anglais et canadien, l'infiltration est en principe possible pour tout type d'infraction. Cependant, la nécessaire gestion des ressources à la fois matérielles et humaines font qu'en pratique, le recours à cette technique est également subsidiaire, généralement réservé aux infractions graves ou à celles qui peuvent difficilement être découvertes sans ce type d'enquête. Le rapport canadien montre que le respect de la subsidiarité est même une véritable condition d'admission de la preuve. S'il estime que d'autres techniques d'enquête étaient disponibles, le juge peut écarter le moyen de preuve issu de l'infiltration.

En Belgique, en Espagne et en Roumanie, l'infiltration est possible dès lors qu'il existe des « indices sérieux », ou des « soupçons raisonnables » d'une infraction commise ou en train d'être commise. L'existence de soupçons raisonnables, objectivement vérifiables, est également la première condition jurisprudentielle d'une infiltration qui ne pourra pas être critiquée, lors du procès devant un tribunal canadien, à titre d'abus de procédure portant atteinte au crédit de la justice.

La restriction des libertés et des droits fondamentaux causée par la mesure de l'infiltration doit être nécessaire et proportionnelle à la complexité de la cause, à la gravité de l'infraction, à l'importance des informations et des preuves à obtenir. A défaut, la mesure est irrégulière selon les lois belge, espagnole et roumaine. Le juge canadien peut écarter la preuve issue d'une infiltration qui porte atteinte à certains droits fondamentaux, notamment le droit de garder le silence (de ne pas s'auto-incriminer). En Angleterre, un code des bonnes pratiques des enquêteurs exige que le caractère nécessaire et proportionnel de la mesure soit considéré lors de la délivrance de l'autorisation.

Partout, la mesure est soumise à une autorisation préalable qui définit ses contours. Dans les trois systèmes continentaux étudiés, l'organe habilité à délivrer l'autorisation est un magistrat du parquet. L'autorisation est, de plus, soumise au contrôle préalable d'un officier de police supérieur spécialement missionné à cet effet (en Belgique), ainsi qu'au contrôle du magistrat chargé de statuer sur le renvoi de l'affaire devant la juridiction de jugement (en Belgique et en Roumanie).

C’est très probablement en Belgique que les mesures spéciales d’enquête sont encadrées le plus strictement. Ce régime issu nouvelles dispositions législatives de 2003 et puis de 2005, a également été façonné par de nombreuses censures de la Cour constitutionnelle.

Au Canada et en Angleterre, une autorisation préalable est délivrée par les cadres supérieurs de la police. En Angleterre, un officier supérieur ayant une grande expérience, réévalue tous les 28 jours la pertinence du maintien de la mesure. Il arrive également en pratique, qu’un avocat conseil soit associé au déroulement d’une enquête proactive complexe, y compris pour son déploiement transfrontalier.

A ce sujet, des évolutions successives sont à signaler en Angleterre. Alors que les poursuites étaient traditionnellement confiées à la police, des critiques se sont élevées contre des pratiques policières peu professionnelles et contre une certaine défaillance à recueillir non seulement les preuves à charge, mais aussi les preuves à décharge. Pour remédier à cela, une réforme de 1984 introduisait le *Crown Prosecution Service*. Dirigé par un juriste expérimenté, ce service garantit un renfort de professionnalisme dans la gestion des poursuites et assure la mise en accusation dans les affaires autres que les affaires mineures ou courantes. Bien que ce service ne soit pas mandaté par le législateur pour autoriser les opérations d’infiltration, il existe depuis 2016 un double contrôle judiciaire de ces opérations. Un juge de paix doit ratifier l’autorisation préalable de l’infiltration, sur examen du dossier et audition de l’officier chargé de l’enquête. Un « tribunal des pouvoirs d’enquête » peut être saisi d'une demande en annulation des autorisations abusives.

2. La provocation policière

Bien plus que les dispositions légales, là où il en existe, c’est une jurisprudence très fournie qui a dégagé, dans chaque système étudié, les critères au vu desquels une enquête proactive se transforme en une provocation policière à la commission de l’infraction à prouver.

En Espagne, une décision du tribunal suprême retient, en 2016, trois critères cumulatifs : l’incitation trompeuse, de la part de l'agent, à commettre une infraction, que le sujet provoqué n'était pas déterminé à commettre ; le contrôle du sujet provoqué, voire le contrôle absolu de la situation dans son ensemble par les enquêteurs ; l'absence de menace pour l’ordre légal protégé.

En Belgique, c’est en 2005 que la loi a entériné les solutions jurisprudentielles, dans ces termes : il y a provocation lorsque, dans le chef de l’auteur, l’intention délictueuse est directement née ou renforcée, ou est confirmée alors que l’auteur voulait y mettre fin, par l’intervention d’un fonctionnaire de police ou d’un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire.

En Roumanie, la prohibition légale expresse de la provocation policière est éclairée par la jurisprudence nationale qui fait expressément référence à la jurisprudence européenne. Sont régulièrement retenus : du côté du suspect, l’absence de passé délictueux, voire d’intention préalable de commettre l’infraction ; du côté des enquêteurs, divers actes d’incitation à la commission de l’infraction, en lieu et place d’une attitude passive se limitant à offrir au suspect une occasion commune de commettre une infraction

En Angleterre, le juge jauge le comportement des enquêteurs à l’aune de plusieurs critères. La personne accusée avait-elle une propension préexistante à agir de façon équivalente au

résultat de la provocation présumée, situation où l'officier n'a fait qu'offrir à cette personne une opportunité d'enfreindre la loi ? Ou bien, cette personne a-t-elle été convaincue par l'officier de police ou a subi-t-elle des pressions de la part de celui-ci afin de commettre une infraction qu'elle n'aurait pas commis autrement ? Somme toute, le juge apprécie dans quelle mesure cette personne se serait conduite de façon similaire si un autre que l'officier lui avait offert l'opportunité de commettre une infraction similaire et dans quelle mesure elle a librement profité de l'opportunité présentée par l'officier.

Enfin au Canada, une jurisprudence très élaborée liste de façon non exhaustive dix facteurs que le juge devra considérer de façon qualitative et non quantitative, parmi lesquels : savoir si l'individu moyen, avec ses forces et ses faiblesses, dans la situation du suspect, aurait été incité à commettre l'infraction ; la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que le suspect n'accepte de commettre l'infraction ; le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus la tromperie ou la récompense ; le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà enquêté au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité infractionnelle est en cours ; le fait que la démarche de la police exploite les émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié ou la vulnérabilité particulière d'une personne, tel un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière ; l'existence de menaces, tacites ou expresses.

Les principes de loyauté de la preuve et d'équité du procès. Infiltration et provocation policières

EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES

PROPOS LIMINAIRE. L'ENQUETE ET LA PERTINENCE DES PREUVES

Le présent rapport vise à dresser un bilan des techniques d'enquête et notamment de l'infiltration policière, tant classique que numérique, en Angleterre et au Pays de Galles.

Quelques remarques relatives au système anglais de justice pénale s'imposent pour éclairer le contexte particulier dans lequel ces techniques d'enquête sont mises en œuvre durant la phase des poursuites pénales.

En matière pénale, le système judiciaire en Angleterre et Pays de Galles est connu comme étant un système accusatoire, à la différence de la plupart des systèmes continentaux connus comme étant traditionnellement des systèmes inquisitoires.

Concernant **les phases de l'enquête et des poursuites**, la première conséquence est l'absence de tout équivalent pour le juge d'instruction en Angleterre et au Pays de Galles. Une autre conséquence est le rôle d'organisme principal d'enquête reconnu à la police, dans le but de mener des recherches sur les infractions et en recueillir les éléments de preuve, tant à charge qu'à décharge. Ce qui conduit les policiers chargés de l'affaire soit à décider eux-mêmes quant à la mise en accusation (*charging decision*) dans les cas moins importants ou très courants, soit à préparer un « dossier des preuves » à soumettre au *Crown Prosecution Service* qui rendra cette décision.

Le *Crown Prosecution Service* (ci-dessous CPS) a été créé en 1986. Sa mission est de gérer les poursuites en matière pénale et la mise en accusation. Les membres de ce service sont des fonctionnaires (*civil servants*). À la tête du service se trouve le *Director of Public Prosecutions* (le directeur des poursuites pénales). En règle générale, ce poste est occupé par un *senior lawyer* (juriste expérimenté) nommé parmi les praticiens indépendants ou parmi les fonctionnaires supérieurs du service. Le *Director of Public Prosecutions* rend compte au ministère de la Justice dirigé par le *Lord Chancellor* (Lord Chancelier) et au *Attorney General* (Procureur général). Ces deux derniers postes sont pourvus par nomination politique, bien que les personnes nommées soient le plus souvent issues du corps des avocats[6].

Le *Crown Prosecution Service* prend la décision d'engager des poursuites contre un particulier en faisant l'application d'un « test » à deux volets[7], à savoir :

- existe-t-il une probabilité raisonnable que la personne accusée soit condamnée ? Est ici visé, en raison des preuves existantes, un taux probable de réussite de l'accusation de 51% ;
- l'engagement d'une procédure pénale est-il dans l'intérêt public ? Sont examinés certains aspects de politique générale et de politique pénale spécifique au domaine concerné, y compris la fréquence de l'infraction, son effet sur la victime et sur la société, etc.

[6] Pour la suite de ce rapport, le terme *prosecution* a été traduit par « autorité d'accusation/accusation », pour éviter le concept de Ministère public qui, comme nous venons de le constater, n'est pas équivalent.

[7] https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors

La scission entre la mission de collecte de preuves et le pouvoir d'engager la procédure provoque parfois une certaine friction. La décision du CPS de ne pas poursuivre peut être révisée par voie de recours[8] exercé par la police ou par la victime d'une infraction. La loi prévoit également une voie de recours à application restreinte, qui permet de contester les décisions du CPS, en tant qu'agence gouvernementale, devant la *High Court* (Haute cour). Ce recours a été exercé dans le passé pour obtenir la révision de décisions considérées comme illogiques ou partielles.

Une autre différence notable par rapport à d'autres systèmes judiciaires est l'absence d'un statut formel du « suspect » en Angleterre et au Pays de Galles. Une personne peut être suspectée ou présenter un intérêt pour l'enquête, cependant elle n'aura pas de statut particulier avant sa mise en accusation formelle.

Ce système est parfois critiqué, parce que les policiers en tant qu'agents chargés de la collecte de preuves sont parfois défaillants quant à la recherche de preuves qui disculperaient les suspects. On ne peut que déplorer certaines méthodes de l'enquête policière telle que pratiquée par le passé qui consistaient à rassembler les délinquants connus sur un territoire pour les soumettre à des interrogatoires jusqu'à ce qu'un aveu soit fait. La création du *Crown Prosecution Service* et la promulgation de la loi *Police and Criminal Evidence Act 1984* (loi de 1984 sur la police et la preuve en matière pénale) qui a codifié les pouvoirs d'enquête de la police ont contribué à faire émerger un modèle plus professionnel.

Concernant **la phase de jugement**, le système de justice pénale anglais connaît deux types de juridictions. Près de 92 % des affaires pénales sont traitées par les tribunaux appelés *Magistrates court.* Leurs origines remontent directement à la *Magna Carta* qui entérine le principe du droit de toute personne d'être jugée par ses pairs. Considérée à tort comme le fondement du droit à être jugé par un jury, cette règle a servi essentiellement à garantir à la petite noblesse (*gentry*) le droit d'être jugée par d'autres membres de la petite noblesse au lieu d'être à la merci du roi.

Les *magistrates* qui y siègent sont des volontaires choisis parmi les non-spécialistes, qui bénéficient d'une formation minimale. Ils siègent aux côtés d'un greffier qui a la formation juridique requise (*legally qualified clerk*) et d'un *magistrate* professionnel appelé *District Judge* (juge d'arrondissement).

La *Crown Court* (Tribunal de la couronne) est compétente pour juger les affaires dites de mise en accusation (*indictment*) qui exigent la constitution d'un jury. Comme il est de rigueur, un « filtre d'entrée » sera appliqué pour savoir si une affaire doit être transférée de la *Magistrates Court* à la *Crown Court*. La décision initiale de transfert est fondée principalement sur le caractère adéquat des pouvoirs du juge et la complexité juridique de l'affaire. En effet, les infractions sont classées en trois catégories : *summary only* - infractions mineures (compétence de la *Magistrates Court*), *indictable only* - infraction jugées uniquement par un jury (compétence de la *Crown Court*) et *either way / indictable offences* - infractions pouvant relever de l'une ou l'autre des catégories précédentes et qui peuvent être jugées par l'un ou l'autre de ces tribunaux.

La plupart sinon toutes les affaires qui font l'objet de notre étude ont vocation à être renvoyées devant la *Crown Court* compte tenu de leur gravité, de leur ampleur ou de leur

[8] https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/reconsidering-prosecution-decision

complexité. Dans ce contexte, il nous paraît judicieux d'analyser comment ce tribunal traite et encadre l'enquête policière et les poursuites dont est chargé le CPS.

L'admissibilité des preuves dans le procès pénal est fondée sur la pertinence ou l'adéquation logique du moyen matériel de preuve par rapport aux faits et aux concepts juridiques applicables. Une preuve est considérée admissible dès lors qu'elle est pertinente, à savoir dès lors qu'elle présente un intérêt pour un aspect de la procédure. Il existe cependant un certain nombre de règles d'inadmissibilité. Une réforme juridique massive visant plusieurs de ces règles a été entreprise en 2003 et codifiée dans la loi *Criminal Justice Act 2003* (loi de 2003 sur le système de justice pénale). Un exemple est la règle qui limite la preuve par ouï-dire (*rule against hearsay*)[9]. Les ouï-dire, en tant que déclarations en dehors d'un tribunal, étaient pris en compte comme preuves pertinentes. Ils sont désormais soumis à des « filtres d'admissibilité », dans le respect des garanties processuelles. Cela impacte notamment le régime des témoins absents. De façon similaire, la preuve de la « mauvaise réputation » (*bad character*), à savoir la mauvaise conduite générale ou le comportement généralement répréhensible, est en principe inadmissible. Ce principe est assorti d'une série d'exceptions applicables « après filtrage »[10].

Last but not least, au moment où nous écrivons cette étude, le système judiciaire en Angleterre et Pays de Galles est toujours soumis à la Convention européenne des droits de l'homme dont la transposition dans la législation interne par la loi *Human Rights Act 1998* (loi de 1998 sur les droits de l'homme) produit un effet direct sur la procédure. Cette loi entérine les droits des individus tels que prévus dans la Convention et édicte que toutes les autorités publiques, y compris les tribunaux et le CPS doivent agir conformément aux droits et obligations prévus dans la Convention. Le plus important dans ce sens est l'article 6, le droit à un procès équitable.

I. L'INFILTRATION

A. LES TECHNIQUES D'ENQUÊTE

1. Perquisitions

La loi *Police and Criminal Evidence Act 1984*[11] (loi de 1984 sur la police et la preuve en matière pénale*)* et les codes de bonnes pratiques qui l'accompagnent fixent le cadre, les règles de procédure et les garanties processuelles pour la mise en œuvre des compétences en matière d'interpellation et de fouille. Elle s'applique aux officiers de police, mais est également respectée par les autres autorités chargées des enquêtes les plus courantes, telles que : *National Crime Agency* (Agence nationale de lutte contre la criminalité), *Her Majesty's*

[9] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/part/11/chapter/2

[10] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/part/11/chapter/1

[11] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/1

Revenue and Customs et *Intelligence* (Département de recettes et douanes de Sa Majesté*)* et *Security Services* (MI5 et MI6).

La compétence de la police à procéder à des interpellations et à des fouilles s'appuie sur une double base légale et judiciaire. Premièrement, la législation primaire accorde aux officiers de police le « pouvoir » (*power*) de collecter les preuves pour les infractions passibles d'arrestation. L'octroi de ce pouvoir est ordinairement soumis à la condition que soient préalablement réunis des « motifs raisonnables de croire » ou des « motifs raisonnables de soupçonner » que la preuve sera obtenue suite à l'usage concret de ce pouvoir. Deuxièmement, un officier de police peut faire une demande auprès d'un *magistrate*, en lui présentant ses motifs raisonnables pour procéder à des perquisitions et à des saisies. Il reçoit alors un « mandat » (*warrant*) qui l'autorise à agir.

Ces deux formes d'autorisation sont évidemment essentielles pour le rassemblement de preuves et malgré leur caractère relativement traditionnel, elles occupent une place assez importante dans l'enquête en matière de cybercriminalité, en matière de transactions à l'aide de la crypto-monnaie et de portefeuilles Bitcoin. La simple saisie d'un téléphone mobile d'un suspect est une ouverture vers un trésor de preuves possibles car les pirates informatiques ont l'habitude d'utiliser des applications mobiles pour surveiller l'avancement des logiciels malveillants qu'ils déploient. Ce sont également ces deux formes d'autorisation qui permettent le recueil des informations extraites des autres équipements portables, des données d'utilisation des réseaux sociaux et des applications de messagerie instantanée.

2. Surveillance policière (mesures d'infiltration comprises)

La loi *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*[12] (*RIPA 2000*, loi de 2000 portant réglementation des pouvoirs d'enquête) porte régime juridique et bonnes pratiques en matière d'enquête plus intrusive comme la surveillance policière qui comprend des activités telles que : le fait de suivre et d'observer une personne, le fait de placer des équipements de suivi et des dispositifs espion d'enregistrement dans des bâtiments ou des véhicules (connus sous le nom de *probes* - sondes acoustiques) ou le recours à des agents d'infiltration et aux dispositifs portés par ces agents (connu sous le nom de « surveillance dirigée », *directed surveillance*).

La mise en place d'une de ces opérations de surveillance lors d'une enquête exige l'octroi d'« autorisations officielles » (*authorities*), qui impliquent l'examen du niveau d'interférence de ces opérations avec le respect des droits de l'homme du sujet ainsi surveillé et d'autres particuliers pouvant en être affectés de façon collatérale. Ces autorisations officielles définissent les limites opérationnelles des techniques.

Ces autorisations doivent être ratifiées par un juge de paix (*Justice of the Peace Magistrate, JP*) selon la loi sur la protection des libertés de 2012 (*Protection of Freedoms Act 2012*). Un dossier est constitué à cet effet et le juge peut entendre l'officier chargé de l'enquête. Le Guide du Ministère de l'Intérieur de 2012[13] stipule que dans la plupart des situations d'urgence où la

[12] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents

[13] *Protection of Freedoms Act 2012 – changes to provisions under the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA) Home Office guidance to local authorities in England and Wales on the judicial approval process for RIPA and the crime threshold for directed surveillance October 2012,*

police a le pouvoir d'agir, elle peut alors autoriser une activité sans l'approbation préalable du juge de paix.

Ces autorisations peuvent être annulées par un Tribunal des pouvoirs d'enquête a été créé en 2016 par une modification de la loi *RIPA 2000* (§37 et ss). Il est chargé d'examiner les plaintes relatives à l'utilisation d'un certain nombre de pouvoirs d'enquête intrusive. Il est indépendant des forces de l'ordre et du gouvernement et comprend des membres de haut rang du pouvoir judiciaire et de la profession d'avocat[14].

3. Interception des communications

L'interception des communications régie dans un premier temps par *Investigatory Powers Act 2000,* exige un examen encore plus approfondi à la lumière de la loi *Investigatory Powers Act 2016*[15] (loi de 2016 relative aux pouvoirs d'enquête). Cette loi précise que le produit d'une telle interception n'est pas recevable dans le cadre de la procédure judiciaire et ne peut avoir qu'un caractère informatif. L'autorisation des interceptions des communications émane du *Secretary of State* (ministre) qui délègue couramment ce pouvoir à un niveau opérationnel. Ainsi, ces pouvoirs peuvent être exercées par des officiers de grade supérieur.

B. LA TECHNIQUE DE L'INFILTRATION

Les opérations sous couverture couvrent un large spectre, depuis les opérations d'envergure ciblant des groupes criminels organisés jusqu'aux opérations plus courantes d'achat-témoin afin de faire respecter l'âge prévu par la loi pour l'achats de certains biens dans les lieux de vente au détail ou les établissements bénéficiant d'une licence de débit de boissons.

La même législation primaire et les codes de bonnes pratiques (*Codes of Practice*) s'appliquent, notamment la *Regulation Investigatory Powers Act 2000*.

En principe, cette technique peut être déployée lors d'enquêtes portant sur tout type d'infractions (§38). Cependant, l'emploi d'officiers d'infiltration implique des ressources et des dépenses considérables. Ces dix dernières années, un léger ralentissement se fait ressentir dans l'usage de ces opérations proactives, en raison des coupes budgétaires imposées aux services de police.

1. Autorisation

Ces déploiements nécessitent l'autorisation officielle obligatoire, l'évaluation des risques et de leur impact. L'autorisation est accordée au début de l'opération et elle est ensuite réévaluée régulièrement, tous les 28 jours. Elle ne sera maintenue que si elle s'avère toujours

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/118173/local-authority-england-wales.pdf

[14] Par exemple, https://www.app.college.police.uk/app-content/covert-policing/undercover-policing/#investigatory-powers-tribunal

[15] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/25/section/19/enacted

nécessaire. Sont compétents pour octroyer ces autorisations les officiers de police avec une grande expérience, de niveau minimum *Superintendent.*

L'acte d'autorisation doit définir, dans des termes spécifiques, les missions attribuées et leurs limites et identifier les sujets auprès de qui l'infiltration est permise. La définition des missions est particulièrement importante au regard des conséquences subies par les officiers qui dépasseraient le cadre autorisé. L'officier qui accorde cette autorisation devra mettre en balance les objectifs poursuivis par l'investigation et la violation des droits fondamentaux qui en découle implicitement. Dans ce but, il doit considérer non seulement les droits reconnus aux personnes visées par l'opération, mais aussi les droits reconnus à toute personne qui pourrait en être affectée de manière directe ou indirecte.

L'officier sous couverture devra rédiger une déclaration qui expose ses actions et observations. Il y attachera également tout produit des enregistrements interceptés, sous forme de transcriptions ou de supports numériques. (RIPA, §38)

Une série de documents connexes à l'acte d'autorisation, nommés ordres opérationnels (*operational orders*), apportent des précisions supplémentaires quant aux types d'agissements autorisés. À un niveau secondaire, il existe également des documents d'information spécifiques : les « instructions aux officiers » (*instructions to officers*) et, en complément, les « carnets de notes » (*pocket notebooks*) ouverts et renseignés au début et à la fin des déploiements.

Ces instructions concernent essentiellement les actions permises aux officiers pour qu'ils maintiennent leur couverture sur le terrain lors de leur interaction avec les suspects. Les instructions portent couramment permission de prendre part à des délits mineurs comme le recel de biens volés ou la possession des stupéfiants sur le trafic desquels porte les investigations. Dans le domaine du numérique, la nature immédiate de la cybercriminalité implique que les premiers pas de l'infiltration risquent d'être dores et déjà des actes délictueux. Par exemple, les réseaux pédophiles demandent souvent l'échange d'images obscènes d'enfants à titre d'« initiation » au groupe, acte qui constitue une infraction en lui-même.

Il n'existe en principe aucun moyen général de défense pour les officiers de police qui favoriseraient ou commettraient des infractions au-delà des autorisations données par les « instructions aux officiers ». Ils risquent alors des poursuites pour l'infraction substantielle favorisée ou commise. Cependant, il est néanmoins possible d'invoquer le « volet intérêt public » du test appliqué à la mise en accusation. Ainsi, la condamnation de l'officier d'infiltration ne serait pas conforme à l'intérêt public, sauf dans le cas d'une criminalité flagrante et incontrôlée assimilée à un « dérapage » de l'officier. La loi prévoit pour certaines infractions, comme la possession d'images indécentes, un moyen de défense spécifique qui consiste dans le fait que l'acte délictueux a été commis aux fins d'une enquête portant sur une infraction. De plus, les lois prévoient souvent le moyen de défense de « l'excuse raisonnable » qui peut lui aussi être utilement invoqué par les officiers d'infiltration.

2. Statut des agents d'infiltration

Les agents d'infiltration sont choisis au sein des forces de la police régionale (on compte actuellement 43 corps qui agissent de manière indépendante, ce qui n'exclut pas une certaine collaboration) et des agences nationales comme par exemple *National Crime Agency*.

Il s'agit d'officiers hautement spécialisés, justifiant d'une formation spécifique de haut niveau.

Leur valeur en tant que ressources d'enquête et l'investissement, représentée notamment par leur formation, limitent les déploiements possibles. Il arrive souvent que des officiers supérieurs de tous les départements, ayant à leur disposition des fonds pour organiser une opération proactive, soient obligés de remettre une sorte de rapport et de faire une analyse de rentabilité, afin de pouvoir utiliser ces fonds. Par ailleurs, l'assistance nécessaire sur le plan opérationnel et logistique est considérable et limite le recours à l'infiltration.

C. LA COOPÉRATION INTERNATIONALE

1. Étendue de la compétence territoriale des juridictions anglaises

La compétence territoriale de principe des juridictions anglaises couvre les infractions commises sur le territoire, par toute personne. Il existe des dispositions spéciales qui assimilent les actes commis par des ressortissants britanniques à l'étranger aux actes commis dans le ressort de la juridiction nationale, pourvu que ces actes constituent une infraction en Angleterre et au Pays de Galles.

Par exemple, la majorité des infractions de cybercriminalité pure sont traitées selon les dispositions de la loi *Computer Misuse Act 1990* (loi de 1990 sur l'utilisation abusive de l'informatique). Ce texte de droit primaire a fait l'objet de nombreuses modifications afin d'en élargir la portée au fur et à mesure des progrès technologiques. Il comporte donc une section spécifique qui entérine une compétence élargie des tribunaux, compte tenu du caractère transfrontalier évident de la cybercriminalité et des obligations internationales découlant de la Convention de Budapest[16].

La loi citée règle toute question de compétence qui ne rentre pas dans le cadre déjà défini en introduisant le concept de « liens significatifs » (*significant links*). Lorsqu'il existe des circonstances qui constituent un lien significatif avec l'un des « pays d'origine » (Angleterre et Pays de Galles), les poursuites deviennent possibles. Constituent des « liens significatifs » : le statut de ressortissant du Royaume-Uni de la personne accusée ; sa présence physique dans son pays d'origine ; le fait qu'un ordinateur auquel elle cherchait à accéder sans autorisation se trouvait dans son pays d'origine (art. 5, loi *Computer Misuse Act*). Ainsi, le juge anglais s'est déclaré compétent dans l'affaire *Kaye*, où un ressortissant anglais avait utilisé un ordinateur portable à Chypre pour monter une cyber-attaque sur un ordinateur d'une entreprise de télécommunications libérienne, via des serveurs situés aux Pays-Bas et des appareils compatibles web situés en Allemagne.

2. Comparaison des régimes nationaux au vu de la pratique

L'auteur du présent rapport a eu l'occasion de constater, dans sa pratique, que les règles d'autorisation et de contrôle des techniques d'enquête par infiltration varient considérablement d'un pays à l'autre. Les affaires impliquant des autorités d'enquête des États-Unis semblent

[16] https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680080f0b

impliquer peu de procédures d'autorisation opérationnelle spécifiques par rapport aux exigences du système anglais décrites ci-dessus. Sur le continent européen, le système belge apparaît plus rigoureux encore. Par conséquent, les agents américains ont un large champ d'application pour les techniques d'infiltration avec un contrôle minimum, sauf pour ce qui pourrait survenir lors d'un procès ultérieur.

L'auteur, cadre universitaire et avocat (*practicing barrister*), est amené à assurer tant la défense que l'accusation, comme cela est d'usage dans les systèmes de *commun law*. Il détient le grade 4, le plus haut niveau qui peut être reconnu à un *prosecutor* d'un barreau indépendant. Ces derniers mois, il a représenté le *Crown Prosecution Service* (Service des poursuites de la Couronne) dans des affaires très médiatisées relatives à la cybercriminalité, qui ont pris appui sur une importante coopération judiciaire internationale dont :

- *R.v.Ali* , affaire d'interception d'une tentative d'achat de ricine sur l'Internet clandestin qui a impliqué le déploiement d'agents du FBI sur le web, afin d'infiltrer le réseau et obtenir les preuves de la transaction et

- *R.v.Scott & King* où des poursuites avaient été menées contre des particuliers se rendant coupables de la distribution d'images indécentes d'enfants, via le partage de fichiers et des applications de conférences en ligne. Cela supposait l'infiltration d'un réseau pédophile géré en ligne, par des agents du ministère américain de la sécurité intérieure (*US Homeland Security Department*) et de la Gendarmerie royale du Canada (*Royal Canadian Mounted Police*).

II. LA PROVOCATION POLICIERE

La loi *Police and Criminal Evidence Act 1984* et la législation secondaire sous la forme des Codes de bonnes pratiques (*Codes of practice*) prévoient des garanties spécifiques dans l'exercice des attributions policières, appelés *cautioning*, notamment en matière d'audition, de détention et d'identification. Ces codes comportent les règles selon lesquelles les officiers de police doivent accomplir leurs missions. Ils sont sujets à des amendements réguliers qui transposent l'évolution des approches et des attitudes concrètes, offrant de ce fait la flexibilité nécessaire à la réglementation de la procédure policière. Ils s'appliquent à toutes les infractions à l'exception de celles relevant du terrorisme lesquelles sont régies par des annexes indépendantes du code.

Lors des enquêtes visant la cybercriminalité, il est d'usage que les agents d'infiltration soient scrupuleusement informés des pièges potentiels de leur mission, notamment le risque que la défense invoque l'existence d'une provocation policière. L'auteur du présent rapport a assisté les forces de police, en tant qu'avocat principal (*leading counsel)*, dans plusieurs opérations d'enquête proactive qui consistaient à déployer des officiers de police sous couverture afin d'infiltrer et de démanteler des groupes criminels organisés impliqués dans le trafic de stupéfiants de classe A (héroïne et cocaïne).

Les méthodes pour contester ces allégations dans le système judiciaire anglais ne sont pas explicites. De plus, leur exposé complet nécessiterait des considérations supplémentaires sur l'organisation et le fonctionnement des structures judiciaires évoquées précédemment.

Ainsi, on ne peut pas identifier, dans le système juridique anglais, des critères explicites qualifiant la provocation policière, comme il en existe dans le système canadien par exemple. Cependant, le tribunal saisi d'une demande relative à une provocation présumée devra analyser le scénario factuel et examiner la conduite de l'agent. Le principe est celui-ci : si un officier n'a fait que créer une opportunité pour que le suspect commette l'infraction, la provocation policière ne sera pas reconnue. A l'opposée, l'officier sera qualifié d'« agent provocateur » (l'expression française est employée telle quelle) dès lors qu'il a effectivement incité le suspect à commettre l'infraction, précisément dans le but de le faire arrêter et condamner pour la conduite que l'agent a stimulée lui-même (cf. *infra* A°, 1°).

A. LE PRINCIPE DE L'ABUS DE PROCÉDURE

La question de la provocation est d'ordinaire traitée par l'application du concept de l'*abuse of process* (abus, détournement de procédure). Il s'agit d'une mesure à caractère exceptionnel dont l'application est soumise au pouvoir discrétionnaire du juge. Elle permet au juge de suspendre la mise en accusation (*stay the indictment*) qui ne pourra être reprise qu'après l'autorisation de la cour l'ayant ordonnée ou de la *Court of Appeal - Criminal Division* (Cour d'appel, chambre criminelle). Le juge peut décider cette suspension de procédure (*stay*) dans plusieurs cas, y compris lorsque :

- l'accusation « manipule » l'instance en cours ;

- l'accusation revient sur une promesse ou une assertion ;

- l'accusation agit autrement de façon « biaisée ».

Pour ce faire, le juge examine, dans les conditions de l'espèce, les réponses à apporter à deux questions (dites « test juridique »)[17] :

- serait-il injuste de juger le défendeur ? ou bien

- s'il était jugé, le défendeur serait-il privé d'un procès équitable ?

Il appartient à la défense de prouver que les réponses à ces questions doivent être affirmatives. La preuve est fondée sur le jeu de probabilités et il n'existe aucun prérequis pour établir la mauvaise foi de l'autorité ayant mené l'enquête ou sa motivation à mettre en accusation à tout prix. Le juge procédera aux déductions qu'il estimera équitables.

La question que soulève cette mesure est qu'elle a été à maintes reprises décrite comme une procédure exceptionnelle. En effet, selon le système de *commun law*, le rôle du juge ne consiste pas à intervenir dans l'arène judiciaire au cœur du débat entre l'accusation et la défense, avec une mesure qui apparaît comme bloquant l'accès à la justice à l'une des parties. Nous estimons que cela peut bien être un désavantage pour l'accusé, dans le système accusatoire par rapport au système inquisitoire.

[17] http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2014/1028.html

1. Propension à commettre l'infraction

Un exemple concret d'application de *abuse of process* dans le contexte d'une provocation policière est l'affaire *Losseley et al.* [18] portée devant la *House of Lords* (Chambre des lords, à présent, la *Supreme Court*, Cour suprême, la plus haute juridiction). Dans cette affaire, la chambre criminelle a examiné le comportement des officiers sous couverture ayant infiltré un groupe criminel organisé impliqué dans le trafic de stupéfiants.

Dans sa prise de position, lord Hutton a affirmé que traiter les questions pertinentes pour examiner l'existence d'une provocation policière revenait à « discerner si la personne accusée avait une propension préexistante à agir de façon équivalente au résultat de la provocation présumée », « à apprécier si un individu a été convaincu par un officier de police ou a subi des pressions de sa part afin de commettre une infraction qu'il n'aurait pas autrement commis, ou si l'officier n'a fait qu'offrir à cette personne une opportunité d'enfreindre la loi », « à apprécier dans quelle mesure cet individu se serait conduit de façon similaire si une autre personne lui avait offert l'opportunité de commettre une infraction similaire et dans quelle mesure il a librement profité de l'opportunité présentée par l'officier ».

2. Remèdes procéduraux

En réponse à la demande de suspension de la mise en accusation à titre de *abuse of process*, l'autorité d'accusation invoque systématiquement les arguments suivants : il n'est pas injuste de juger le défendeur et l'absence de procès équitable n'est pas avérée s'il existe des éléments intrinsèques au procès qui peuvent palier l'iniquité potentielle. Nous les présentons ci-dessous. Ils sont tous applicables aux investigations sous couverture, y compris dans le domaine de la cybercriminalité.

a. La « déclaration judiciaire »

La « déclaration judiciaire » ou la « directive du tribunal établissant un préjudice » est un moyen procédural souvent utilisé comme une confirmation que quelque chose ne s'est pas passé comme prévu dans le procès et doit être reconnu en tant que tel. Également, ce document vaut un début de traitement judiciaire de la question, au bénéfice du défendeur, puisque le but de cette déclaration judiciaire est que le tribunal tienne compte, pour son verdict, de l'élément ainsi établi.

Ce moyen est particulièrement pertinent en cas de retard de procédure provoqué par l'autorité d'accusation ou par la police[19].

Un autre moyen de ce type peut être invoqué lorsque le matériel probatoire a été détruit ou n'est plus disponible. Cette procédure est un développement de l'affaire *R.v.Feltham Justices ex parte Ibrahim*[20]. Le principe de départ est le suivant : l'absence effective du matériel à présenter devant le tribunal peut entraîner des « préjudices » tant pour l'autorité d'accusation

[18] https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011025/loose-1.htm

[19] Un exemple en ce sens est à retrouver dans *The Crown Court Compendium (June 2018), ch. 10-4* (Recueil de la Crown Court, juin 2018, chapitre 10-4).

[20] https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2001/130.html

que pour la partie défenderesse, notamment des difficultés indues à assurer respectivement l'accusation et la défense. Cette absence est assimilée à une brèche dans le dossier d'instruction. L'application des règles ordinaires relatives à la charge et au « niveau » de la preuve peut augmenter la probabilité d'un acquittement sur cette base.

b. L'exclusion des preuves inéquitables

L'article 78 de la loi *Police and Criminal Evidence Act 1984*[21], dispose, sous l'intitulé liminaire « L'exclusion des preuves inéquitables » : « (1) Quelle que soit la procédure en cours, le tribunal peut refuser d'admettre une preuve sur laquelle l'autorité d'accusation propose de s'appuyer, lorsqu'il estime que, compte tenu de toutes les circonstances, y compris les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue, son admission aurait un tel effet négatif sur l'équité du procès que la cour est tenue de la refuser. »

Ce moyen est probablement le plus important. Il implique concrètement un pouvoir discrétionnaire du tribunal de déclarer inadmissible une preuve proposée par l'autorité d'accusation. La question (dite test juridique) à laquelle le tribunal doit répondre est la suivante : dans quelle mesure l'équité du procès serait affectée suite à l'admission de la preuve ? L'existence de ce moyen invite également le tribunal à garder un œil sur la méthode d'obtention de chaque preuve.

Dans les affaires qui impliquent la contestation des techniques d'infiltration utilisées, ce moyen peut devenir un instrument fort à la disposition de la défense. Le plus souvent, l'irrecevabilité des preuves ainsi obtenues entraîne la fin du procès, puisqu'en règle générale les preuves sont issues d'une seule source : la surveillance ou les interceptions policières contestées.

La difficulté pour la partie défenderesse vient du caractère discrétionnaire de cette exception. Par conséquent, même si les violations de la loi sont établies et acceptées par le juge, il n'y a aucune garantie d'exclusion automatique de la preuve obtenue en violation de la loi. Le juge s'efforce d'assurer l'équité du procès vis-à-vis des deux parties. Cela peut limiter quelque peu l'application de cet article.

c. L'exclusion des aveux obtenus par contrainte

L'article 76 de la loi *Police and Criminal Evidence Act 1984*[22], dispose, sous l'intitulé liminaire « Aveux » : « (2) Quelle que soit la procédure au cours dans laquelle l'autorité d'accusation propose comme preuve un aveu fait par la personne accusée, lorsqu'il apparaît au tribunal que l'aveu a été ou aurait pu être obtenu :

(a) par contrainte exercée sur la personne dont émane l'aveu ; ou

(b) comme conséquence de toute assertion ou action qui était susceptible, dans les circonstances existantes à ce moment-là, de rendre peu fiable tout aveu fait en conséquence,

le tribunal ne recevra pas l'aveu à titre de preuve contre la personne accusée, sauf si l'autorité d'accusation apporte la preuve, au-delà de tout doute raisonnable, devant le tribunal,

[21] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/Section/78

[22] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/76

que l'aveu (nonobstant son caractère véridique) n'a pas été obtenu de l'une des façons exposées ci-dessus. (…)

(8) Aux fins de cet article; "la contrainte" inclut la torture, les traitements inhumains ou dégradants, ainsi que l'usage ou la menace de violence (qu'elle relève on non de la torture). »

Pour l'application de ces dispositions, la preuve doit prendre la forme de l'aveu ou de la reconnaissance tels que définis à l'article 84 de la loi *Police and Criminal Evidence Act* : une déclaration partiellement ou intégralement défavorable à la partie qui la fait. Si l'obtention d'une telle preuve est le résultat d'une « contrainte », d'assertions ou d'actions qui rendraient peu fiable l'aveu, alors l'autorité d'accusation ne pourra pas administrer cette preuve. Cela traduit une approche jurisprudentielle établie de longue date : la réticence à s'appuyer sur l'aveu d'une partie pour se forger une conviction.

Son application est possible dans le domaine que nous traitons, puisque les enregistrements effectués par les officiers sous couverture sont souvent assimilés à des aveux et traités comme tels en matière d'administration de la preuve.

Cette disposition légale est quelque peu sous-exploitée, partiellement parce que les *advocates* ignorent sa portée. En réalité, sa portée est sans doute plus grande que celle de l'article 78 pour deux raisons. Premièrement, son application n'est pas à la discrétion du juge. Elle emploie un langage impératif qui fait obstacle à l'admission de la preuve concernée si les conditions préalables sont remplies. Deuxièmement et plus important encore, cette disposition renverse la charge de la preuve. Dès qu'une question soulevée met en cause le champ d'application de ces dispositions, il revient à la *Crown* de prouver que la condition préalable n'est pas remplie, dans le respect des règles qui régissent le « niveau » de preuve (preuve suffisante pour que le tribunal soit certain). En outre, ce moyen ne dépend pas d'une demande faite par la partie défenderesse et peut être soulevé d'office par le juge, contrairement aux moyens prévus à l'article 78 qui doivent être soulevés par la défense.

Dans certaines procédures, l'application de ces dispositions, comme l'application de l'article 78, sera à même d'éliminer la seule preuve existante contre le prévenu et donc de mettre fin au procès sans condamnation de ce dernier. Une limite peut néanmoins être signalée. Les circonstances valant « contrainte » ou « assertions ou actions qui rendraient peu fiable l'aveu » constituent souvent une « atteinte à la règlementation de la procédure policière ». Une marge d'appréciation du juge existe dans ce cas, puisque toutes les atteintes n'ont pas le même statut. Il faut prouver que l'atteinte a été substantielle et de nature opérationnelle.

d. La réduction de peine

Un autre moyen permet à la défense d'obtenir une réduction de peine, en apportant la preuve qu'un abus de procédure (*abuse of process*) lui a « causé un préjudice », ou autrement dit a rendu la défense plus difficile. Cette réduction de peine est certes un faible réconfort pour l'accusé qui le plus souvent cherche à faire exclure l'élément de preuve pour éviter la condamnation.

B. LE PRINCIPE DE LA « DIVULGATION » DES ÉLÉMENTS DE PREUVE

Dans un système accusatoire, l'usage des techniques d'infiltration peut entrer en conflit avec les règles de la « divulgation des preuves ». En vertu de ces règles, les policiers et

l'autorité d'accusation sont tenus de conserver toutes les informations pertinentes qu'ils ont générées ou trouvées au cours de leur enquête.

L'accusation s'appuiera dans son réquisitoire sur les preuves ainsi constituées.

Le matériel qui ne sert pas de fondement au réquisitoire, appelé « matériel non utilisé », est enregistré et archivé. L'obligation de le conserver est prévue à la charge de la police et de l'autorité d'accusation par les directives de l'*Attorney General*[23].

L'autorité d'accusation est tenue de « divulguer » au prévenu les éléments de preuve « non-utilisés » qui répondent aux critères légaux de divulgation, à savoir les éléments de preuve qui affaiblissent le dossier de l'accusation et/ou qui peuvent être raisonnablement considérés comme utiles à la défense[24].

Ces dispositions s'appliquent à l'infiltration en tant que technique d'enquête. Dans le domaine de la cybercriminalité, une complexité supplémentaire vient du fait que de nombreuses personnes peuvent agir dans l'intérêt de plusieurs parties. Les membres de la communauté des pirates informatiques sont souvent appelés « chapeaux blancs » s'ils cherchent à empêcher le piratage malveillant, et « chapeaux noirs » s'ils ont principalement des activités malveillantes. Il existe cependant un grand nombre de « chapeaux gris » dont les activités peuvent être difficiles à classer.

La loi *Criminal Procedure and Investigation Act 1996* (loi de 1996 sur la procédure et l'instruction pénale)[25] et ses Codes de bonnes pratiques préconisent un système d'enregistrement et de gestion des informateurs (*Covert Human Intelligence Source, CHIS*). Ce système permet d'attribuer des tâches spécifiques et dans certains cas de rémunérer ou de récompenser une personne pour l'information fournie. L'objectif est de donner un caractère formel et régulier à un domaine du travail policier qui a souvent été critiqué comme fonctionnant en dehors de l'État de droit, étant ouvert à des abus manifestes. Pour chaque cas, le passage du statut de personne qui fournit des renseignements ponctuels au statut d'informateur inscrit est soumis à un examen minutieux.

Dans les scénarios de cybercriminalité, les sources d'information semblent disparates. Les organismes d'enquête peuvent recevoir des informations de la part de « chapeaux gris » qui sont éventuellement enregistrés et se voient confier une mission précise, mais aussi de la part d'un grand nombre de blogueurs et de journalistes en ligne qui font des observations et contribuent à la communauté en ligne. Ce phénomène fragilise et rend encore plus difficile la mise en œuvre du système préconisé par la loi *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*. L'image traditionnelle de l'informateur était plutôt celle d'une personne qui fournissait des informations sur les activités au sein d'une communauté géographique restreinte. L'activité numérique dépasse désormais toute frontière géographique et l'étendue de l'information reçue par les organismes d'enquête rend leur tâche encore plus ardue. Cependant, la question fondamentale demeure. Si l'organisme d'enquête a identifié une source d'information, renouvelle son recours à cette même source et lui assigne éventuellement une tâche spécifique ou une récompense, le régime de l'enregistrement devra être appliqué. Les organismes de lutte contre la cybercriminalité se heurtent donc à tous les

[23] https://www.gov.uk/government/publications/attorney-generals-guidelines-on-disclosure-2013

[24] Voir l'article 3 CPIA 1996

[25] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/25/contents

obstacles du cadre juridique existant, dans un contexte qui n'est plus celui dans lequel ce cadre juridique a été conçu.

La réponse habituelle est qu'il y a un intérêt public à ce que l'identité des informateurs ne soit pas divulguée. Plusieurs raisons justifient cette approche, dont nous rappelons les deux plus importantes : pour que les informateurs ne soient pas dissuadés d'aider les autorités en général et plus spécifiquement, parce que l'autorité d'accusation a une obligation de diligence envers l'individu, afin de lui éviter tout préjudice qui pourrait résulter de représailles ou de vengeances.

C. L'EXCEPTION D'INTÉRET PUBLIC

Fondamentalement, si un élément de preuve, par exemple une information provenant d'un informateur, satisfait au critère de la divulgation, il y a obligation de transmettre cette information à la défense. A défaut, le tribunal peut en tirer les conséquences au niveau de son verdict.

Ceci devient problématique lorsque la nature même de l'information révèle inévitablement l'identité de la source et la met ainsi en danger. Dans ce cas, l'autorité d'accusation a le choix entre : divulguer l'élément de preuve conformément à ses obligations et donc risquer de mettre en danger la source ; ne pas le divulguer et donc abandonner l'affaire pour garder secrète l'identité de la source ; ou bien demander au tribunal de rendre une ordonnance de non-divulgation pour des motifs d'intérêt public. Cette dernière option est appelée immunité ou exception d'intérêt public (*public interest immunity*). Elle a été jugée conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales tant par les tribunaux nationaux[26], que par les tribunaux européens[27], dans la mesure où, malgré l'absence de divulgation des éléments sensibles, le tribunal a pris les mesures nécessaire pour permettre une défense efficace. Ainsi, dans l'affaire *Fitt c. Royaume-Uni*, les défendeurs avaient été informés du fait que le tribunal avait reçu favorablement la demande de non-divulgation. Un résumé révisé de ces renseignements avait été communiqué à la défense qui avait été en mesure d'exposer au juge ses arguments.

Essentiellement, le tribunal saisi d'une demande de non-divulgation faite par l'autorité d'accusation doit prendre une décision équilibrée entre les intérêts contradictoires de l'intérêt public à ce que la source demeure confidentielle et du droit du prévenu à un procès équitable. De toute évidence, les avocats de la défense cherchent à faire valoir que ce dernier principe implique obligatoirement la divulgation, forçant ainsi le tribunal à l'ordonner, ce qui aura pour effet l'abandon des poursuites par l'autorité d'accusation, aux fins de protection de l'informateur. Le juge prend sa décision après avoir entendu l'autorité d'accusation seule, dans ce qu'on appelle une audience *ex parte* (littéralement « en absence de partie »). Dans les cas les plus sensibles, le seul fait d'être au courant de la demande peut révéler la source et il est donc possible de traiter la question à l'insu de la défense. Dans d'autres cas, la source est un « informateur participant », à savoir un informateur qui est (potentiellement) impliqué dans la

[26] https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040205/hc-1.htm

[27] CEDH, *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, req. n° 28901/95, décision n° 16.2.2000 (Grande Chambre), mais aussi *Jasper c. Royaume-Uni* et *Fitt c. Royaume-Uni,*

https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=002-6101&filename=Rowe%20and%20Davis%20v.%20the%20United%20Kingdom%20%5BGC%5D.pdf&logEvent=False

commission de l'infraction, qui risque de voir sa responsabilité pénale engagée et à qui l'autorité d'accusation a pu promettre une « immunité contre les poursuites »[28].

[28] Par ailleurs, en vertu de l'article 6 de la loi *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*, dans les procès devant *la Crown Court*, il existe également l'obligation pour la défense, de déposer un *written defence statement* (approximativement un mémoire en défense) qui expose la nature générale de ses moyens de défense, l'identité des témoins en faveur de la défense et les questions litigieuses invoquées à ce sujet entre l'accusation et la défense.

Les principes de loyauté de la preuve et du droit à un procès équitable. Infiltration et provocation policières

EN BELGIQUE

PROPOS LIMINAIRE. L'ENQUETE ET LA LOYAUTÉ DE LA PREUVE

La recherche des infractions et l'identification de leurs auteurs ont été confiées par la loi belge aux magistrats du ministère public et aux fonctionnaires de police. Lorsque le parquet a connaissance de l'infraction, une enquête pénale est ouverte et un dossier constitué à destination des juridictions d'instruction ou de jugement.

Cette enquête peut être diligentée par le parquet assisté par les fonctionnaires de police. Il s'agit dès lors d'une information. Le parquet a également la possibilité de saisir un juge d'instruction afin que ce dernier soit le responsable de l'enquête, toujours assisté par la police. Il convient alors de parler d'instruction exercée sous le contrôle des juridictions d'instruction.

Le principe de la liberté de la preuve constitue le fondement du système de preuve en droit pénal positif belge.

En effet, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge du fond apprécie en fait la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction, qui lui sont régulièrement soumis et que les parties ont pu librement contredire[29].

Ce principe implique, d'une part, le libre choix des moyens de preuve et, d'autre part, la libre appréciation de la valeur probante de la preuve[30].

Le juge ne peut prononcer une condamnation qu'à la condition que l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par la partie poursuivante entraîne son intime conviction que l'individu a commis l'infraction.

La charge de la preuve incombe à la partie poursuivante[31]. Le prévenu n'a donc pas à prouver son innocence, ce qui implique le droit de se taire. La preuve à administrer portera tant sur la matérialité des fait que sur l'élément moral[32].

La preuve irrégulière est celle qui consiste dans des éléments de preuve obtenus de façon **illégale ou déloyale**[33]. Elle est en principe admissible, sauf exceptions. Un article 32, introduit en 2013 au titre préliminaire du Code de procédure pénale (dit aussi Code d'instruction criminelle), pose la règle en la matière en entérinant un revirement de jurisprudence que la Cour de cassation belge avait opéré dès 2003, dans les termes ci-dessous.

« La nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que si :

- le respect des conditions formelles est prescrit à peine de nullité, ou ;

- l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou ;

- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. »

[29] Cass., 27 février 2002, *Pas*., 2002, p. 598 ; Cass., 5 mars 2002, Pas., 2002, p. 636 ; Cass. 20 décembre 2000, *Pas*., 2000, p. 2009 ; Cass., 21 avril 1999, *Pas*., 1999, p. 558.

[30] L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Kluwer, Malines, 2009, p. 3.

[31] Cass., 11 décembre 1984, *Pas*., 1985, I, p. 452.

[32] Ch. DE VALKENEER, *Manuel de* l'enquête *pénale, Tome 1 - Principes généraux*, 5ème éd., 2018, Larcier, Bruxelles, p. 345

[33] D. Mougenot, « Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile », *in Strada Lex. Journal des tribunaux*, 2017, p. 69.

Cet article, dont la jurisprudence de la Cour de cassation fait régulièrement l'application, rend souvent difficile l'écartement d'une preuve obtenue irrégulièrement.

L'appréciation de la fiabilité de la preuve et du caractère équitable de la procédure est effectuée de manière souveraine par le juge du fond. La Cour de cassation énonce néanmoins un certain nombre de circonstances non limitatives dont le juge du fond *peut* tenir compte : le caractère purement formel de l'irrégularité, ou encore l'absence d'incidence du manquement dénoncé sur les droits ou les libertés protégés par la norme transgressée ; la circonstance que l'illégalité prêtée aux enquêteurs ou aux autorités d'instruction ou de poursuite, ou encore au dénonciateur, n'est pas intentionnelle ; la disproportion entre l'infraction et l'irrégularité ayant précédé ou ayant accompagné sa constatation ; la circonstance que la preuve illicite porte uniquement sur l'élément matériel de l'infraction[34].

Une partie de la doctrine belge considère que même au nom d'une justice efficace, les preuves obtenues à la suite d'une violation volontaire des règles procédurales ne devraient pas être admises. A cet égard, le modèle canadien est cité. Le juge Canadien, pour décider d'exclure ou non une preuve illicite, peut utiliser le critère de l'atteinte portée au crédit de la justice[35].

La provocation policière à la commission d'une infraction porte atteinte à la fiabilité des preuves ainsi obtenues et entraîne, en droit belge, l'irrecevabilité des poursuites (art. 30, Titre préliminaire, Code de procédure pénale, cf. infra II, D).

I. L'INFILTRATION

Le Code d'instruction criminelle régit plusieurs méthodes particulières de recherche[36].

Originairement, ces « techniques particulières de recherche » étaient régies par une circulaire ministérielle du 24 avril 1990, modifiée le 5 mars 1992, destinée aux procureurs généraux[37]. Certes, cette circulaire entérinait déjà certaines garanties des droits fondamentaux et, notamment, la nécessité pour les enquêteurs d'obtenir l'accord écrit préalable du Procureur du Roi avant de débuter une enquête proactive. Cependant, à défaut de force contraignante, cette réglementation ne permettait pas de garantir la légalité de la procédure.

Il devenait indispensable d'encadrer les fonctionnaires de police dans l'exécution de leur mission « *sous couverture* » dans la mesure où, presque inévitablement, les enquêteurs étaient amenés à commettre des infractions et/ou se trouvaient eux-mêmes mis en danger. Tant ces derniers que les magistrats devaient disposer d'un cadre légal clair et précis.

[34] F. Kéfer, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *in Revue de droit social (RDS)*, 2013/2, § 21 et 26.

[35] M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, pp. 1145 et 1146

[36] L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Malines, Kluwer, 2009, pp. 164 et s ; A. JACOBS, « Les méthodes particulières de recherche – Aperçu de la loi du 6 janvier 2003 », *in Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Formation permanente CUP, 2003, pp. 85 et s. ; H. BERKMOES et J. DELMULLE, *Les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête*, Bruxelles, Politeia, 2011 ; Ch. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale, Tome 1 -Principes généraux*, 5ème éd., Bruxelles, Larcier, Bruxelles, 2018.

[37] Circulaire ministérielle du 24 avril 1990, n° 7/SDP/690/MN/NIX/RRB6/6.

Ces nouvelles dispositions législatives ont été mises en place, en 2003 et puis en 2005, avec beaucoup de difficultés en raison du caractère secret des techniques de recherches visées et du risque d'atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés qu'elles pouvaient entraîner. Elles ont fait l'objet de nombreuses censures par la Cour constitutionnelle amenée à contrôler le respect des droits fondamentaux par le législateur.

Les méthodes particulières de recherches les plus utilisées sont l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs. A ce jour, après différentes évolutions législatives, dont certaines très récentes, l'infiltration se décline sous trois formes : l'infiltration policière « classique », l'infiltration numérique et l'infiltration civile.

A. L'INFILTRATION CLASSIQUE

1. Définition

La procédure d'infiltration classique est régie par les articles 47*octies* et 47*novies* du Code d'instruction criminelle.

L'infiltration est définie comme « le fait, pour un fonctionnaire de police, appelé infiltrant, d'entretenir, sous une identité fictive, des relations durables avec une ou plusieurs personnes concernant lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal ou des crimes ou des délits visés à l'article 90*ter*, §§ 2 à 4 »[38].

En 2014[39], 53 infiltrations ont été autorisées, dont 30,2 % par le Procureur fédéral (16), 32,1 % par un procureur du Roi (17 infiltrations) et 37,7 % par un juge d'instruction (20 infiltrations). Ce chiffre reflète uniquement les autorisations initiales. Il ne comprend pas les modifications, les adaptations et les prolongations. Ces infiltrations ont eu lieu dans le cadre de 49 enquêtes[40]. Elles avaient donc été autorisées à l'époque pour une faible proportion des enquêtes. Nous ne disposons pas de chiffres plus récents permettant de corroborer le sentiment que cette technique est aujourd'hui utilisée davantage.

2. Conditions d'exercice

a. Infractions pour les lesquelles l'infiltration peut être autorisée

Le Code d'instruction criminelle prévoit que l'infiltration classique peut être autorisée pour les infractions punies par l'article 324*bis* du Code pénal ainsi que celles énumérées aux paragraphe 2 à 4 de l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle.

L'article 324*bis* du Code pénal punit « l'organisation criminelle » que le législateur définit comme toute organisation structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée, des crimes et délits punissables d'un emprisonnement

[38] Article 47*octies*, §1er, al.1, C.I.Cr.

[39] Dernière année pour laquelle des statistiques sont disponibles.

[40] http://www.dsb-spc.be/doc/pdf/RAP_90deciesSv_2015_FR.pdf, p. 21.

de trois ans ou d'une peine plus grave pour obtenir, directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux.

Les paragraphes 2 à 4 de l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle listent les infractions suivantes :

- les attentats et complots contre le Roi, la famille royale et contre la forme du gouvernement (articles 101 à 110 du code pénal) ;

- les violations du droit international humanitaire (génocide, crime contre l'humanité et crimes de guerre (articles 136*bis* à 136*septies* du Code pénal) ;

- les infractions terroristes (articles 137, 140 et 141 du Code pénal) ;

- le faux en informatique (article 210*bis* du Code pénal) ;

- la corruption de fonctionnaires (articles 246 à 251 du code pénal) ;

- la violation par un fonctionnaire public de l'interdiction des écoutes et de l'enregistrement des (télé)communications privées (article 259*bis* du Code pénal) ;

- les infractions relatives au secret des communications et des télécommunications privées (article 314*bis* du Code pénal) ;

- les menaces verbales, écrites ou par gestes et la fausse information relative à un attentat grave (article 327 à 330 du Code pénal) pour autant qu'une plainte ait été déposée ;

- la menace d'utilisation ou de vol de matières nucléaires (article 331*bis* du Code pénal) ;

- la prise d'otages (article 347*bis* du Code pénal) ;

- l'incitation à la débauche, à l'embauche en vue de la débauche, le proxénétisme et la tenue de maison de débauche (articles 379 et 380 du Code pénal) ;

- le meurtre, l'assassinat et l'empoisonnement (articles 393, 394 et 397 du Code pénal) ;

- l'enlèvement et le recel de mineurs (articles 428 et 429 du Code pénal) ;

- les formes aggravées de la traite des êtres humains (articles 433*sexies* à 433*octies* du Code pénal) ;

- l'extorsion et le vol à l'aide de violences ou de menaces commis avec ou sans circonstance aggravante, y compris le meurtre pour faciliter le vol ou l'extorsion, ou en assurer l'impunité (articles 468, 470 à 473 et 475 du Code pénal) ;

- le vol, l'extorsion et la détention illégale de matières nucléaires ainsi que les autres opérations prohibées relatives à ces matières (articles 477 à 477*sexies* et 488*bis* du Code pénal) ;

- la corruption privée (article 504*bis* et 504*ter* du Code pénal) ;

- la fraude informatique (article 504*quater* du Code pénal) ;

- le blanchiment (article 505 alinéas 1 à 4 du Code pénal) ;

- l'incendie et la destruction par explosion des propriétés immobilières dans les circonstances visées aux articles 510 et 511 alinéa 1er (outre ceux-ci, les articles 516 et 520 du Code pénal) ;

- les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes informatiques et de leurs données (articles 550*bis* et 550*ter* du code pénal) ;

- l'importation, l'exportation, la fabrication et la vente des stupéfiants lorsque ces infractions constituent des actes de direction ou de participation à l'activité principale ou accessoire d'une association (article 2*bis*, § 3, b et § 4, b de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques) ;

- l'infraction de harcèlement téléphonique et/ou électronique visée aux articles 145, §§3 et 3*bis* de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ;

- les infractions à la loi du 5 août 1991 relative à l'importation, à l'exportation et au transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à l'usage militaire et de la technologie y afférente (article 10 de cette loi) ;

- les formes aggravées de trafic d'êtres humains (articles 77*ter* à 77*quinquies* de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers) ;

- l'utilisation de substances à effet hormonal ou antihormonal ou à effet bêta-adrénergique (article 10, § 1er, 2° de la loi du 15 juillet 1985, article 1er de l'arrêté royal du 12 avril 1974 et les articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 5 février 1990) ;

- la tentative de commettre l'une des infractions précitées ;

- l'association de malfaiteurs (articles 322 et 323 du code pénal) pour autant qu'elle ait pour but de commettre une des infractions précitées ou de commettre un vol à l'aide d'effraction, d'escalade ou de fausses clefs.

b. Autorisation de la mesure

La procédure d'autorisation ainsi que le déroulement de l'infiltration sont régis par les articles 47*octies*, §§ 3 à 7, et 47*novies* du Code d'instruction criminelle.

La mise en œuvre d'une infiltration suppose une autorisation écrite du magistrat en charge de l'information ou de l'instruction, mentionnant les éléments suivants :

- les indices sérieux de l'infraction qui justifient l'infiltration, ou si l'infraction s'inscrit dans le cadre d'une enquête proactive, la suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus ;

- les motifs pour lesquels l'infiltration est indispensable à la manifestation de la vérité ;

- le nom ou, s'il n'est pas connu, une description aussi précise que possible de la ou des personnes suspectes ;

- la manière dont l'infiltration sera exécutée, y compris l'autorisation de recourir brièvement à l'expertise d'un civil ainsi que l'autorisation d'appliquer des techniques d'enquêtes policières ;

- la période au cours de laquelle l'infiltration peut être exécutée et laquelle ne peut excéder trois mois à compter de la date de l'autorisation ;

- le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'infiltration.

L'autorisation du magistrat de procéder à une infiltration ainsi que les décisions de modification, d'extension ou de prolongation sont conservées dans le dossier confidentiel[41]. En cas d'urgence, une autorisation verbale, moyennant confirmation écrite à bref délai, peut être accordée. Cette confirmation doit respecter les formes ci-dessus[42]. Le procureur du Roi peut, s'il l'estime justifié, prendre des mesures nécessaires afin de garantir la sécurité, l'intégrité physique, psychique et morale des agents infiltrés.

Le dossier confidentiel contient, en outre, l'autorisation donnée par le procureur aux fonctionnaires de police de commettre des infractions[43] et l'autorisation d'appliquer certaines techniques d'enquête policières[44].

Un rapport écrit est dressé par l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de l'infiltration à l'attention du procureur du Roi, à chaque phase de l'exécution de la mesure[45]. Ces rapports sont versés au dossier confidentiel qui celui-ci peut être consulté par le juge d'instruction ainsi que la chambre des mises en accusation conformément à l'article 56*bis* et aux articles 235*ter*, §3, et 235*quater*, §3, du Code d'instruction criminelle.

Des procès-verbaux non confidentiels sont rédigés à chaque phase de l'exécution de l'infiltration, sans y mentionner des éléments susceptibles de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policière utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur, des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'infiltration et de l'expert auquel il est fait appel. Ces procès-verbaux ainsi que la décision confirmant l'autorisation sont joints au dossier répressif au plus tard après qu'il ait été mis fin à l'infiltration[46].

A nouveau, le procureur du Roi reste chargé de l'exécution de la mesure en cas d'autorisation d'infiltration émanant du juge d'instruction[47].

c. Principe de subsidiarité

Conformément aux principes de proportionnalité et de subsidiarité, l'article 47*octies*, §2, du Code d'instruction criminelle prévoit que l'autorisation de recourir à l'infiltration ne peut être accordée que « si les nécessités de l'enquête l'exigent et si les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité ». Cette autorisation peut être donnée par le procureur du Roi ou par le juge d'instruction.

En outre, l'infiltration ne peut être envisagée qu'en cas « d'indices sérieux » d'infractions commises ou risquant d'être commises.

d. Actes autorisés

L'autorité décidant du recours à une infiltration peut permettre à cette occasion l'application de techniques policières spéciales. Celles-ci sont énumérées par un arrêté royal du 9 avril

[41] Article 47novies, §2, al.1 C.i.cr.

[42] Article 47*octies*, §5 C.i.cr.

[43] Article 47*octies,* §4 et §7 C.i.cr.

[44] Article 8, al.3, de l'arrêté royal du 9 avril 2003 relatif aux techniques d'enquête policières.

[45] Article 47novies, §1er, al.1 C.i.cr.

[46] Article 47novies, §2, al.4 C.i.cr.

[47] Articles 47*octies*, §7, et 56*bis*, al.1 C.i.cr.

2003 relatif aux techniques d'enquête policières[48]. Le législateur a souhaité permettre l'adaptation de ces techniques aux changements continus du milieu criminel. Ainsi, la liste réglementaire actuelle n'empêche nullement que d'autres techniques soient autorisées à l'avenir au moyen d'arrêtés royaux complémentaires[49]. Il s'agit des opérations suivantes :

- l'achat de confiance, forme du pseudo-achat où le transfert de propriété a vraiment lieu, afin de gagner la confiance du vendeur ou de recueillir des informations complémentaires ;

- l'achat-test, forme du pseudo-achat où le transfert de propriété a également lieu mais est réalisé afin de contrôler les allégations du vendeur et l'authenticité du bien proposé ;

- la pseudo-vente, technique réalisée par un fonctionnaire de police consistant à se présenter ou à être présenté à un individu comme vendeur potentiel d'un service ou d'un bien ;

- la vente de confiance, forme de la pseudo-vente où le transfert de propriété a lieu afin de gagner la confiance de l'acheteur ou de recueillir des informations complémentaires ;

- la livraison contrôlée, technique qui consiste à laisser se poursuivre, sous un contrôle policier permanent, un transport illégal de marchandises ou de personnes connu des services de police. Dans le cadre de cette livraison, les fonctionnaires de police transportent et livrent eux-mêmes, ou, à tout le moins, fournissent un appui jusqu'au lieu de destination finale en Belgique ou à l'étranger ;

- la livraison assistée contrôlée, forme de livraison contrôlée autorisée dans le cadre du transport illégal de marchandises et sans intervention policière au lieu de destination final ;

- le *frontstore,* qui permet au fonctionnaire de police de créer ou d'exploiter réellement une ou plusieurs entreprises, le cas échéant à l'aide de données fictives, au moyen desquelles un appui est fourni au milieu criminel sous forme de biens ou de services.

Les trois dernières techniques citées requièrent l'accord préalable et écrit du procureur fédéral. Cet accord est joint au dossier confidentiel.

La loi prévoit comme postulat l'interdiction pour les agents infiltrés de commettre des infractions dans l'exécution des méthodes particulières de recherche[50], tout en prévoyant une cause d'excuse absolutoire (entraînant une exemption de peine) pour la commission d'infractions jugées absolument nécessaires. Pour cela, doivent être réunies les conditions suivantes[51] :

- l'infraction doit être commise lors de la mise en œuvre d'une méthode particulière de recherche ;

- la commission de l'infraction doit être absolument nécessaire à la réalisation de la missions ou nécessaire afin de garantir la sécurité des fonctionnaires de police ou des autres personnes impliquées dans l'opération ;

---

[48] A.R. relatif aux techniques d'enquête policières du 9 avril 2003, *M.B.*, 12 mai 2003, pp. 25.370 et suivantes.

[49] C. DE VALKENEER, *op. cit.*, p. 55.

[50] Article 47*quinquies*, §1er C.i.cr.

[51] Article 47*quinquies* §2 et suivants C.i.cr . ; M.-A BERNAERT et D. DE WOLF, Procédure pénale- Les enquêtes par infiltration droit belge.

- les infractions commises ne peuvent être plus graves que les infractions pour lesquelles les méthodes sont mises en œuvre. Les infractions commises doivent être proportionnelles à l'objectif visé ;

- les infractions ne peuvent être commises qu'avec l'accord exprès du procureur du Roi. Cette condition s'applique même si l'affaire est à l'instruction et que la mesure a été ordonnée par le juge d'instruction. En principe, cet accord doit être préalable. La loi a prévu, à titre d'exception, la possibilité d'un accord *a posteriori*[52].

L'interdiction de commettre des infractions sans autorisation du parquet et la prohibition de la provocation policière constituent les limites posées à l'activité des agents infiltrés.

3. Formation des agents

L'article 47*octies*, §1er du Code d'instruction criminelle prévoit que tout fonctionnaire peut en principe être désigné pour l'exécution d'une enquête par infiltration. Cette enquête doit cependant être dirigée par un officier de police judiciaire[53].

Néanmoins, il apparaît aux termes des travaux préparatoires de la loi qu'en pratique, ces techniques d'enquête policières ne sont mises en œuvre que par des fonctionnaires de police spécialement formés à cet effet[54].

La loi précise que les techniques d'enquête policières susceptibles d'accompagner l'infiltration doivent être mises en œuvre par des membres de la direction des unités spéciales de la police fédérale. En outre, lorsque la police fédérale belge ne dispose pas d'agents infiltrés nationaux en nombre suffisant, des fonctionnaires étrangers spécifiquement formés à cet effet pourraient, le cas échéant, être utilisés pour la mise en œuvre de ces techniques, moyennant l'accord préalable supplémentaire du procureur fédéral[55].

Cette formation, dont le cursus est secret, est assurée par la DSU (*Direction Specials Units*) de la police judiciaire.

4. Contrôle par les magistrats

a. Le procureur du Roi

Le procureur du Roi exerce un contrôle permanent sur les méthodes particulières de recherche mises en œuvre par les services de police au sein de son arrondissement judiciaire. Il doit, par ailleurs, informer le procureur fédéral de la mise en œuvre de celles-ci au sein de son arrondissement[56]. Si l'exécution de la méthode particulière de recherche couvre plusieurs arrondissements judiciaires (ou relève de la compétence du procureur fédéral), les procureurs du Roi concernés (ainsi que le procureur fédéral) s'informent mutuellement sans délai et

[52] Article 47*quinquies*, § 3 C.i.cr.

[53] Article 47*octies*, § 3, 6° C.i.cr.

[54] Voir l'exposé des motifs de la loi du 6 janvier 2003, Doc. Parl., chambre, 2001-2002, n° 50-1688/001, p. 33.

[55] Article 47octies, §2, alinéa 3 C.i.cr.

[56] Article 47*ter,* §2, al.1 à 2 C.i.cr.

prennent toutes le mesures nécessaires permettant de garantir le bon déroulement de la mesure en cours[57].

L'article 47ter, §2, al.4, du Code d'instruction criminelle prévoit en outre, au sein de chaque direction judiciaire déconcentrée telle que visée par l'article 105 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré structuré à deux niveaux, la désignation, par le directeur général de la police judiciaire de la police fédérale, d'un officier chargé du contrôle permanent des méthodes particulières de recherche dans l'arrondissement. Il peut se faire assister dans l'exécution de cette tâche par un ou plusieurs officiers devant également être désignés.

Un double contrôle est donc instauré : l'un exercé par le ministère public, le second réalisé au sein des services de police.

b. La chambre des mises en accusation

1) Contrôle intervenant à tout moment de la procédure

L'article 235*quater* du Code d'instruction criminelle autorise la chambre des mises en accusation[58] à contrôler, lors d'une instruction ou d'une information et à titre provisoire, la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration mises en œuvre. Ce contrôle peut être exercé d'office, à la demande du juge d'instruction ou sur réquisitions du ministère public.

Pour permettre à la chambre des mises en accusation d'exercer ce contrôle, chaque procureur du Roi, respectivement au sein de son arrondissement, informe systématiquement et immédiatement le président de la chambre concernée des dossiers impliquant une observation et/ou une infiltration.

La chambre des mises en accusation entend, en l'absence des parties à la cause, le procureur général en ses observations. Elle peut également décider d'entendre, en l'absence des parties, le juge d'instruction en charge du dossier et l'officier de police judiciaire responsable de l'exécution de la méthode particulière utilisée.

Dans le cadre de cette procédure, le dossier confidentiel est transmis par le ministère public au président de la chambre des mises en accusation compétente. Cette dernière prend les mesures nécessaires afin d'assurer le respect de ce caractère confidentiel et restitue immédiatement le dossier au ministère public après en avoir pris de connaissance.

L'arrêt rendu à l'issue de ce contrôle ne peut faire mention du contenu du dossier confidentiel.

2) Contrôle en cas de décision de renvoi devant la juridiction de jugement

À la clôture de l'information et avant citation, le ministère public, par le biais des réquisitions écrites, communique le dossier confidentiel se rapportant à la méthode particulière de recherche mise en œuvre, à la chambre des mises en accusation (article 235*ter* du Code

[57] Article 47*ter*, §2, al.3 C.i.cr.

[58] La chambre du conseil et la chambre des mises en accusation sont des juridictions d'instruction. Elles vérifient la régularité du déroulement de l'instruction et décident de l'éventuel renvoi devant un juge pénal compétent, cf. https://e-justice.europa.eu/content_rights_of_defendants_in_criminal_proceedings_-169-be-fr.do?member=1

instruction criminelle). Dans l'hypothèse d'une instruction[59], le ministère public transmet également le dossier confidentiel à la chambre des mises en accusation, après s'être vu communiquer le dossier par le juge d'instruction via son ordonnance de soit-communiqué.

Le procureur général est entendu par la chambre de mises en accusation en l'absence des parties. Le juge d'instruction et l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de la méthode d'observation ou d'infiltration peuvent aussi être entendus, toujours en l'absence de parties.

Les parties sont entendues séparément par la chambre des mises en accusation en présence du procureur général. L'inculpé et la partie civile sont convoqués au plus tard 48 heures avant l'audience avec un droit de consultation du dossier répressif pendant ce même laps de temps.

Les parties n'ont pas accès au dossier confidentiel[60], ce qui a été validé par la Cour constitutionnelle qui a considéré que ce non-accès au dossier confidentiel ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution, dans la mesure où cette restriction était, à son sens, proportionnelle aux objectifs poursuivis et compensée par un contrôle de légalité exercé par une juridiction impartiale et indépendante[61]. La Cour a également estimé que le caractère non contradictoire de la procédure devant la chambre des mises en accusation ne portait pas atteinte aux droits de la défense dans la mesure où les pièces du dossier confidentiel ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve[62].

Ce contrôle, sans accès au dossier confidentiel, suffit-il à faire respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme eu égard notamment à l'arrêt *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*[63]. Le Conseil d'État, dans ses observations relatives à l'article 235ter s'était interrogé sur la conformité de cette procédure au regard de cette jurisprudence[64]. Le gouvernement avait répondu à cette question en mentionnant d'une part que ce contrôle ne lie pas totalement le juge de fond dès lors que les moyens peuvent à nouveau être critiqués s'ils concernent l'appréciation de la preuve de l'ordre public[65]. En pratique, il est cependant peu probable qu'une juridiction de fond, qui ne dispose que d'une partie des informations et qui n'a pas accès au dossier confidentiel, aille à l'encontre d'un arrêt de la chambre des mises en accusation ayant conclu à la régularité d'une observation ou d'une infiltration[66].

D'autre part, le gouvernement a renvoyé à l'enseignement de l'arrêt Jasper c. Royaume-Uni. Dans cette affaire, l'accusation avait refusé de communiquer certaines donnés à la défense. Le Tribunal se fit remettre les éléments litigieux et conclut qu'il n'y avait pas lieu à

[59] Il peut s'agir soit de méthodes particulières de recherche réalisées au cours d'une instruction, soit de méthodes exécutées au cours d'une information avec décision du ministère public de saisir *a posteriori* un juge d'instruction.

[60] La Cour de cassation a estimé que le fait pour l'inculpé de ne pas avoir accès au dossier confidentiel ne constituait pas une violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. À son sens, il s'agit d'une restriction des droits de la défense justifiée par la nécessité de protéger les moyens techniques utilisés et le techniques d'enquête policière et de garantir la sécurité et l'anonymat des personnes qui l'exercent (Cf. Cass., 20 mars 2012, R.G. n° P.11.1774.N).

[61] C.C., 19 juillet 2007, n° 105/2007 ; C.C., 18 juin 2009, *Rev. dr. pén. crim.,* 2010, pp. 167 et s.

[62] *Ibid*.

[63] C.E.D.H., 27 octobre 2004, *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*, 39647/98 et 40461/98.

[64] *Doc. Parl.,* Ch. Repr., sess. 2005-2006, n° 51-2055/001, p.112.

[65] Cf *infra*.

[66] Ch. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale, Tome 1 -Principes généraux*, 5ème éd., 2018, Larcier, Bruxelles, pp. 328-329.

divulgation. La Cour estima que l'intervention d'un juge indépendant et impartial constituait une garantie suffisante de nature à satisfaire adéquatement les exigences du contradictoire et de l'égalité des armes[67]. Cependant, cette affaire concernait une procédure avec jury où le juge du fond ne s'était pas prononcé sur la culpabilité ou une question susceptible de conditionner la recevabilité des poursuites à la différence de l'affaire *Edward et Lewis c. Royaume-Uni*.

Le gouvernement s'est vu conforté dans ses opinions, en 2017, par l'arrêt *Van Wesenbeeck c. Belgique* dans laquelle la Cour européenne a jugé que la tenue d'un dossier, séparé et confidentiel, consignant les autorisations et les rapports de mise en œuvre des méthodes particulières de recherche et l'impossibilité pour la défense de le consulter tout au long de la procédure était compatible avec les exigences du procès équitable compte tenu du système de contrôle organisé par la chambre des mises en accusation, juridiction indépendante et impartiale, qui compense suffisamment l'atteinte portée aux droits de la défense[68]. Cette jurisprudence a également été confirmée par l'arrêt *Guerni c. Belgique du 23 octobre 2018*[69].

La chambre des mises en accusation est tenue de statuer dans les 30 jours de la réception des réquisitions du ministère public sur la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation ou d'infiltration. Ce délai est ramené à 8 jours si l'inculpé est détenu préventivement lors du contrôle. L'arrêt peut faire mention du contenu du dossier confidentiel. Un pourvoi en cassation peut être introduit à l'encontre de l'arrêt dans un délai de 15 jours à dater de son prononcé. Ce délai est ramené à 24 heures dans l'hypothèse où l'inculpé est en situation de détention.

En cas de violation des formalités légales imposées, le législateur n'a attaché aucune sanction de nullité. La chambre des mises en accusation est donc tenue de définir elle-même les sanctions à prononcer en cas de non-respect de celles-ci[70].

c. Le juge du fond

L'article 189*ter,* al. 1er, du Code d'instruction criminelle permet au juge du fond de solliciter auprès de la chambre de mises en accusation un contrôle *a posteriori*, conforme à l'article 235*ter* du même Code, des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration en raison d'éléments concrets qui ne seraient apparus que postérieurement au contrôle initial de la chambre des mises en accusation.

Cette même disposition ajoute que « le juge du fond ou la Cour de cassation peut, en cas d'incidents portant sur la légalité du contrôle des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, transmettre l'affaire au ministère public afin qu'il porte celle-ci devant la chambre des mises en accusation compétente en vue du contrôle prévu à l'article 235*ter*. »

À cet égard, la Cour de cassation, par son arrêt du 27 avril 2010, a décidé que cette disposition vise tous les incidents portant sur la légalité du contrôle des méthodes particulières

[67] C.E.D.H. 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni*, 27052/92, §§ 55 et 56.

[68] C.E.D.H., 23 mai 2017, *Van Wesenbeeck c. Belgique*, 67496/10 et 52936/12, §§ 69 et suivants.

[69] C.E.D.H., 23 octobre 2018, *Guerini c. Belgique*, 19291/07.

[70] L. KENNES, *op. cit*, pp. 164 et s.

de recherche et, partant, également la circonstance que le contrôle n'a pas eu lieu avant le renvoi du prévenu au tribunal correctionnel ou avant sa citation devant le tribunal[71].

d. Le procureur général et le procureur fédéral

L'article 47*undecies* du Code d'instruction criminelle organise un contrôle de légalité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche en cas d'absence de décision de poursuites dans le chef du ministère public.

À cette fin, le procureur du Roi transmet au procureur général, tous les trois mois, tous les dossiers dans lesquels il a été fait application de méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration et dans lesquels une décision de ne pas engager des poursuites a été prise.

Le procureur général fait rapport de son contrôle et le communique au collège des procureurs généraux qui intègre l'évaluation globale et les données statistiques relatives à ces dossiers dans son rapport annuel visé à l'article 143*bis*, §7, du Code judiciaire. Ce rapport est destiné à l'attention du ministère de la Justice et est rendu public.

Le procureur fédéral publie également dans son rapport annuel, visé à l'article 346, §2, 2°, du Code judiciaire, ces mêmes données.

B. L'INFILTRATION NUMERIQUE

1. Définition

Le législateur a choisi de régir les techniques modernes d'enquête en adoptant une loi du 25 décembre 2016 portant sur « des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code pénal, en vue d'améliorer les méthodes particulières de recherche et certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications et créant une banque de données des empreintes vocales »[72].

Le but du législateur a été « d'adapter le Code d'instruction criminelle à l'évolution technologique »[73]. de sorte que les services de police et la magistrature aient accès aux mêmes moyens que les délinquants qui recourent aux possibilités ouvertes par la technologie de l'information[74].

Certains de ces changements législatifs survenus dans l'urgence découlant de la rapidité des évolutions technologiques et des comportements infractionnels associés, risquaient parfois de mettre en danger la protection du droit à la vie privée des justiciables. Pour éviter cela, le législateur a régi expressément l'infiltration numérique (article 46sexies du Code d'instruction criminelle) : « Dans la recherche des crimes et délits, si les nécessités de

[71] Cass., 27 avril 2010, *Pas*., 2010, n° 290. Dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a précisé que le ministère public, ayant la maîtrise de l'exercice de l'action publique, peut d'initiative requérir ce contrôle après avoir constaté son omission (Cass., 1er février 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 706 et s.).

[72] Loi du 25 décembre 2016 des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code pénal, en vue d'améliorer les méthodes particulières de recherche et certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications et créant une banque de données des empreintes vocales », *M.B.*, 17 janvier 2017.

[73] Exposé des motifs, 1966/021, p. 3.

[74] Exposé des motifs, p. 7.

l'enquête l'exigent et que les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité, le procureur du Roi peut autoriser les services de police visés à l'alinéa 2 à entretenir, le cas échéant sous une identité fictive, des contacts sur internet avec une ou plusieurs personnes concernant lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions pouvant donner lieu à un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde. »

L'infiltration numérique est néanmoins encadrée de façon plus souple que l'infiltration classique.

2. Conditions d'exercice

a. Infractions pour les lesquelles l'infiltration peut être autorisée

Le catalogue des infractions dans lesquelles cette mesure est permise est beaucoup plus large que celui de l'infiltration classique car il comporte toutes les infractions punissables d'un emprisonnement d'un an ou d'une peine plus lourde, dès lors qu'il existe des indices sérieux de la commission actuelle ou à venir de ces infractions[75].

b. Autorisation de la mesure

L'infiltration numérique nécessite également l'autorisation écrite préalable du procureur du Roi[76]. À défaut, les fonctionnaires de police informent sans délai le représentant du ministère public des infractions qu'eux-mêmes ou les personnes suspectées ont commises et en donnent ensuite confirmation par écrit. Dans les travaux préparatoires de la loi, le législateur a donné comme exemple le fait d' échanger des fichiers illégaux via des réseaux *peer-to-peer* ou envoyer des messages sur un forum de radicaux ou d'extrémistes sur lequel on nie l'holocauste[77]. La durée de l'infiltration dans un contexte digital ne peut excéder trois mois, renouvelable[78].

c. Principe de subsidiarité

L'article 46*sexies* exige le respect du critère de subsidiarité tout comme pour l'infiltration classique.

3. Formation des agents

Le cyber-infiltrant peut, comme l'infiltrant classique, appartenir aux unités spéciales de la police fédérale, mais cela n'est pas obligatoire. Le législateur a laissé au Roi (au gouvernement) le soin de déterminer les conditions, la formation et les modalités de désignation des services de police habilités à exécuter la mesure[79].

[75] Art. 46*sexies*, § 1 C.i.Cr.

[76] Art. 46sexies § 1C.i.cr.

[77] *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 1966/001, p. 41.

[78] Art. 46*sexies*, § 2 C.i.Cr.

[79] Art. 46*sexies*, § 1, al. 2 CICr.

L'arrêté royal du 17 octobre 2018[80] a prévu qu'il peut aussi s'agir des services d'enquête judiciaire de la police fédérale au sein de la direction générale de la police judiciaire ou des services locaux de recherche de la police locale qui ont mis en œuvre le volet « recherche » de la formation fonctionnelle en police judiciaire.

En outre, ces services doivent se voir assigner ces fonctions par le chef de corps pour la police locale ou par le directeur général de la police judiciaire.

Les agents désignés à ces fonctions doivent avoir réussi une formation interne spéciale (qu'ils appartiennent à la direction des unités spéciales de la police fédérale ou aux autres services autorisés). Ces formations incluent une formation à la protection des données.

La loi permet également de faire appel à un expert civil, dans des circonstances exceptionnelles et pour une courte durée[81], si par exemple des agents pénètrent dans des milieux où un langage spécifique (langue étrangère, langage de jeunes...) est utilisé ou dans l'hypothèse où des connaissances très spécialisées sont requises (les hackers)[82].

Le parquet n'est pas tenu de prendre des mesures destinées à garantir la sécurité physique ou psychique de l'agent infiltrant. Le législateur a motivé cette absence d'obligation par l'absence de contact réel[83].

4. Contrôle de la mesure

Seul le contrôle de la chambre des mises en accusation dans le cadre de l'examen des méthodes particulières de recherche[84] est possible et seulement dans les hypothèses où un dossier confidentiel est ouvert, c'est-à-dire dans le cas où l'enquêteur est autorisé à commettre des infractions[85] ou s'il est fait appel à un expert civil[86].

Le législateur motive ce contrôle moins strict par d'une part, l'absence de contact physique entre l'infiltré et l'infiltrant et d'autre part, l'obligation de retranscrire dans un procès-verbal les contacts pertinents. Cette obligation de retranscription assurerait, selon le législateur, une certaine transparence et limiterait ainsi le risque d'abus[87]. Il semble cependant légitime de se demander si l'ingérence que constitue l'infiltration informatique dans la vie privée n'est pas analogue à celle correspondant à l'infiltration classique et si dès lors, cette différence de traitement n'entraîne pas une violation des principes d'égalité et de non-discrimination au sens des articles 10 et 11 de la Constitution[88].

La loi prévoit que ne constitue pas une infiltration l'interaction personnelle de fonctionnaires de police, dans l'exercice de leurs missions de police judiciaire, avec une ou plusieurs personnes sur internet, qui n'a pour finalité directe qu'une vérification ciblée ou une arrestation,

[80] A.R. portant exécution de l'article 46sexies, §1er, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle, M.B., p. 88.269.

[81] Art. 46*sexies*, § 1, al. 3 C.i.Cr.

[82] *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 1966/001, p. 38.

[83] *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 1966/001, p. 42.

[84] Art. 235*ter* et 235*quater* CICr.

[85] Art. 46*sexies*, § 3 CICr.

[86] Art. 46*sexies*, § 1 CICr.

[87] Art. 46sexies §4, al. 1er, CICr.

[88] C. FORGET, *op cit*, p. 43.

et ceci sans utiliser d'identité fictive crédible[89]. Il s'agira par exemple, de prendre contact avec une personne sur un site de petites annonces et de lui fixer un rendez-vous ou d'échanger brièvement avec une personne pour s'assurer de sa réelle dangerosité (éliminer l'hypothèse d'une plaisanterie).

La Commission de protection de la vie privée a considéré que cette disposition légale manque de clarté et devrait voir son application régie expressément, soit dans le Code d'instruction criminelle soit dans la loi « sur la fonction de police » afin que l'exigence de prévisibilité du droit pénal soit respectée[90].

Il est cependant intéressant de faire un parallèle avec un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2017 selon lequel l'article 26 de la loi « sur la fonction de police »[91] constitue une base légale suffisante pour permettre aux services de police de patrouiller sur Internet sur les « sources ouvertes ». C'est en effet cette disposition qui permet aux enquêteurs de pénétrer dans les lieux accessibles au public, types cafés ou restaurants, afin de recueillir des preuves, de veiller au maintien de l'ordre public et au respect des lois et des règlements de police[92].

C. L'INFILTRATION CIVILE

1. Définition

Tout récemment, la loi du 22 juillet 2018[93] a créé une nouvelle méthode particulière de recherche et d'enquête, l'infiltration civile, fruit d'une demande des services d'enquête[94]. Le nouvel article 47novies dans le Code d'instruction criminelle prévoit qu'« une personne majeure qui n'est pas un fonctionnaire de police, appelée infiltrant civil », pourra « entretenir, le cas échéant sous une identité fictive, des relations durables et dirigées avec une ou plusieurs personnes concernant lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient une des infractions visées à l'article 90*ter*, §§ 2 à 4, à l'exception de l'article 90*ter*, § 2, 11°[95], à la condition qu'elles soient ou seraient commises dans le cadre d'une organisation criminelle visées à l'article 324*bis* du code pénal, ou une des infractions visées au livre 2, titre Ier du Code pénal. »[96].

Lorsqu'il a été légiféré sur l'infiltration policière, le recours à un « civil » avait vigoureusement été écarté en raison du manque de garanties procédurales. Quelques années plus tard, le législateur retient deux motifs qui justifient désormais le recours à l'infiltration civile.

[89] Art. 46sexies§1, al. 4 CICr.

[90] C.P.V.P., avis n° 21/2016 du 18 mai 2016, pp. 31-32, pt. 45 et 48.

[91] Loi sur la fonction de police du 5 août 1992, M.B., 22 décembre 1992, pp. 27.124 et suivantes.

[92] Cass., 28 mars 2017, P.16.1245.N/4.

[93] Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en vue d'introduire la méthode particulière de recherche d'infiltration civile, *M.B.*, 30 juillet 2018.

[94] L'article 4 de la loi introduit une nouvelle sous-section 4bis dans le livre premier, chapitre IV, section III, du Code d'instruction criminelle, intitulé « De l'infiltration civile ». Cette sous-section comprend les articles 47*novies*/1 à 47*novies*/3.

[95] A savoir les articles 324bis et 324ter du Code pénal, soit l'organisation criminelle.

[96] À l'instar de ce qui est prévu en matière d'infiltration policière, « L'officier de police judiciaire visé au paragraphe 4, 6°, peut, dans des circonstances exceptionnelles et moyennant l'autorisation expresse du magistrat compétent, recourir brièvement et de manière dirigée, dans le cadre d'une une opération spécifique d'infiltration civile, à l'expertise d'une personne externe aux services de police, si cela s'avère absolument indispensable à la réussite de la mission » (art. 47*novies*/1, § 1er, C.i.cr).

D'une part, en raison de l'évolution constante des législations antiterroristes, les missions confiées par le passé aux indicateurs, risquent de tomber sous le coup de ces législations. Ainsi, la mise à disposition d'un véhicule ou d'un appartement à une cellule terroriste ou la participation à une « mission de reconnaissance » par l'indicateur risquent désormais d'être constitutives de l'infraction de participation aux activités d'un groupe terroriste (article 140 du Code pénal qui incrimine « la fourniture d'informations ou de moyens matériels au groupe terroriste, ou par toute forme de financement d'une activité du groupe terroriste, en ayant eu ou en ayant dû avoir connaissance que cette participation pourrait contribuer à commettre un crime ou un délit du groupe terroriste »)[97]. D'autre part, le législateur retient que l'infiltration policière connaît des limites inhérentes dans des milieux fermés où les organisations terroristes exercent un contrôle strict des nouveaux venus[98].

Quant à sa force probante, l'article 47*novie*s/2 § 3 du Code d'instruction criminelle prévoit que les moyens de preuves obtenus par une infiltration civile devront être corroborés « dans une mesure déterminante » par d'autres moyens de preuve.

2. Conditions d'exercice

a. Infractions pour les lesquelles l'infiltration peut être autorisée

Il s'agit des mêmes infractions pour lesquelles l'infiltration policière peut est autorisée, à condition que ces infractions soient perpétrées dans le cadre d'une organisation criminelle. De plus, l'infiltration civile peut également être autorisée pour toutes les infractions du titre I^{er} du livre 2 du Code pénal, à savoir toutes les crimes et les délits contre la sûreté de l'État.

b. Principe de subsidiarité

Comme pour les autres formes d'infiltration, le procureur du roi ou le juge d'instruction peuvent autoriser la mesure d'infiltration civile, à condition cependant que les autres moyens d'investigation, dont l'infiltration policière, « ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité »[99].

c. Autorisation de la mesure

L'autorisation reprend les mêmes précisions que celles de l'infiltration policière[100] auxquelles s'ajoutent l'identité de l'infiltrant civil sous la forme d'un code et l'accord du procureur fédéral pour l'autorisation de la prolongation de l'infiltration civile[101].

Le nouvel article 47*novie*s/2, § 1er du Code d'instruction criminelle impose une analyse des risques par la direction des opérations de police judiciaire de la police fédérale, avant la

[97] Projet de loi modifiant le Code d'instruction criminelle et le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en vue d'introduire la méthode particulière de recherche d'infiltration civile, exposé des motifs, *Doc., parl*., Ch. Repr. , 2017-2018, n° 54-2940/1, p.13.

[98] *Ibidem*, p. 15.

[99] Art. 47novies/1, § 2, al. 1er, C.i.cr.

[100] Le nouvel article 47*novies*/1, § 4 C.i.cr précise que l'autorisation d'infiltration est écrite et précise les huit mentions qui doivent figurer dans le document.

[101] Art. 47novies/1, § 2, al. 2, C.i.cr.

délivrance de l'autorisation et, logiquement, avant le contrôle par la chambre des mises en accusation (articles 235*ter* à 235*quinquies* du Code d'instruction criminelle).

Cette analyse doit porter « au moins sur la fiabilité, les compétences et la connaissance, les antécédents policiers et judiciaires et la motivation de l'infiltrant civil et ses liens avec les personnes impliquées dans l'enquête et le risque de commettre des infractions qui mettent en péril l'intégrité physique de personnes ».

d. Actes autorisés

Par décision du procureur du Roi, l'infiltré civil peut être autorisé à avoir recours aux techniques d'enquête policières visées à l'article 47*octies*, § 2, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle.

L'infiltrant civil ne peut en principe pas commettre d'infractions dans le cadre de sa mission[102]. Par exception, il peut cependant, avec l'accord préalable du procureur du Roi, commettre les infractions strictement nécessaires dans le cadre de l'infiltration, pour autant qu'elles soient moins graves que celles pour lesquelles l'infiltration civile est utilisée, proportionnelles à l'objectif visé, et qu'elles ne portent pas atteinte à l'intégrité physique des personnes[103].

Cependant, cette dernière disposition risque de connaître la censure de la Cour constitutionnelle belge. En effet, cette juridiction a annulé l'autorisation accordée aux indicateurs de commettre des infractions, au motif que le champ d'application de la disposition était trop vaste[104]. Il semble acquis que l'examen de cette disposition par cette juridiction entraînera la même sanction.

Enfin, l'article 47*novies*/2, § 2, al. 1er du Code d'instruction criminelle prévoit que l'infiltrant civil doit signer un mémorandum écrit établi en un seul exemplaire par lequel il s'engage à faire des déclarations complètes et sincères concernant l'affaire dans le cadre de laquelle il exerce la mission[105].

3. Formation des agents

L'infiltrant civil est encadré par des agents d'accompagnement. Ces derniers sont « des fonctionnaires de police de la direction des unités spéciales de la police fédérale qui ont bénéficié d'une formation spéciale à cet effet » et qui sont chargé d'encadrer l'infiltrant civil[106].

[102] Art. 47*novies*/1, § 3, al. 1er, C.i.cr.

[103] Art. 47*novies*/1, § 3, al. 2 et 3, C.i.cr.

[104] C. C., 28 sept. 2017, 105/2007, B.8.16 et B.8.17

[105] Le document doit contenir l'identité de l'infiltrant civil (1°), ses droits et obligations (2°), la manière dont l'infiltration civile sera mise en œuvre (3°), la mention selon laquelle des mesures peuvent être prises en vue de garantir la sécurité ainsi que l'intégrité physique, psychique et morale de l'infiltrant civil et de garantir son anonymat (4°) et la mention selon laquelle les mesures peuvent être prises en vue de protéger la sécurité publique ainsi que de contrôler l'infiltrant civil (5°) (article 47novies/2, § 2, al. 2, C.i.cr.).

[106] Art. 47*novies*/1, § 2, al. 3 et 5, C.i.cr.

4. Contrôle de la mesure

La mesure d'infiltration civile est soumise au contrôle prévu aux articles 235*ter* et 235*quater* du Code d'instruction criminelle que nous avons déjà examiné. Par ailleurs, l'article 235*quinquies* prévoit que la chambre des mises en accusation est tenue d'examiner la régularité de l'infiltration civile tous les trois mois, sur réquisition du ministère public. Ce dernier est tenu de soumettre le dossier confidentiel à la chambre des mises en accusation dans les trois mois de l'autorisation de la mesure ou de l'arrêt de la juridiction[107]. La chambre des mises en accusation doit se prononcer dans les huit jours de la réception de la réquisition du ministère public[108].

D. LA COOPÉRATION INTERNATIONALE

Sur le plan international, la Convention européenne du Conseil de l'Europe du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne organise le cadre destiné à permettre une entraide internationale en matière d'infiltration[109]. Cette dernière peut se présenter sous trois formes :

- soit l'État membre requérant sollicite qu'un de ses agents infiltrés puisse intervenir sur le territoire de l'État membre requis ;

- soit l'État membre requérant demande à l'État membre requis de mettre à sa disposition un agent infiltré pour mener une opération sur son territoire ;

- soit l'État membre requis est invité à mettre à disposition un agent infiltré pour qu'il mène une enquête discrète sur son propre territoire.

Il n'y a aucune obligation pour l'État requis de donner une réponse positive à la demande qui lui est adressée. En tout état de cause, les enquêtes sont menées conformément à la loi et aux procédures nationales de l'État membre sur le territoire duquel elles se déroulent[110].

En outre, l'article 19 du deuxième Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention européenne (du Conseil de l'Europe) d'entraide judiciaire en matière pénale[111] prévoit la possibilité pour les États membres de s'entraider pour la réalisation des enquêtes pénales menées par des agents intervenant en secret ou sous une identité fictive.

Ces dispositions internationales règlent peu de choses. L'opération doit être menée conformément à la loi et aux procédures nationales de l'État sur le territoire duquel elle se déroule. Les modalités de l'enquête, sa durée et le statut juridique des agents concernés sont soumis à l'accord des États impliqués.

---

[107] Art. 235*quinquies,* § 1er, al. 1er et 2, C.i.cr.

[108] Art. 235*quinquies*, § 2, al. 1er, C.i.cr.

[109] Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du Traité de l'Union européenne relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'union européenne, ratifiée par la Belgique par une loi du 11 mai 2005, M.B., 2005, pp. 28442 et suivantes.

[110] Ch. DE VALKENEER, *op. cit*., p. 345.

[111] Loi du 18 février 2009 portant assentiment au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, fait à Strasbourg le 8 novembre 2001, M.B., 19 juin 2009, pp. 42.823 et s.

Il nous paraît évident qu'une règle européenne plus précise, évitant de négocier au cas par cas, serait de nature à faciliter la coopération en cette matière[112].

II. LA PROVOCATION

A. LA DÉFINITION

En 2005, la définition de la provocation policière, telle que dégagée par la jurisprudence, a été entérinée par la loi, en ces termes : « Il y a provocation lorsque, dans le chef de l'auteur, l'intention délictueuse est directement née ou est renforcée, ou est confirmée alors que l'auteur voulait y mettre fin, par l'intervention d'un fonctionnaire de police ou d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire ou par un infiltrant civil dans le cadre de l'infiltration civile »[113].

B. LES CONDITIONS

1. Absence d'une volonté antérieure de commettre l'infraction

Le législateur a repris la définition de la Cour de cassation selon laquelle « la provocation à commettre une infraction consiste soit à faire naître la résolution criminelle, soit à renforcer celle-ci chez celui qui exécutera matériellement l'infraction[114].

Il a précisé que l'utilisation des méthodes particulières de recherche ne peut en aucun cas conduire à l'incitation à commettre les infractions constatées ensuite. « Lors de l'utilisation de ces méthodes particulières de recherche, le risque n'est en effet pas illusoire que les services de police ne dérapent au cours d'une opération cherchant à susciter les infractions par provocation. Le projet de loi est clair sur ce point : provoquer des infractions est contraire au principe de loyauté et par conséquent interdit »[115].

Selon l'opinion dominante, ce qui différencie la provocation de l'infiltration policière licite, c'est que, dans ce dernier cas, l'auteur avait déjà l'intention de commettre l'infraction et qu'il a persisté dans son intention[116]. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il n'y a pas de provocation policière lorsque « la résolution criminelle existait avant l'intervention de la police et que celle-ci s'est bornée à créer l'occasion de commettre un fait punissable dans des conditions telles que la constatation en est facilitée tout en laissant au suspect la possibilité de mettre librement un terme à l'exécution de son dessein »[117].

---

[112] M. A. BEERNAERT et D. DEWOLF, Procédure pénale – Les enquêtes par infiltration. Droit belge, *in Rapport belge au congrès de l'Académie de droit comparé à Vienne*, Bruxelles, Bruylant, 2018 p. 502.

[113] Art. 30, al. 1er, Titre préliminaire, C.i.cr., inséré dans ce code par une loi de 2005.

[114] Cass. 7 février 1979, *Rev. Dr. Pén.crim*., 1979, p. 392 ; Cass., 4 décembre 2001, *Larcier Cass*., 2002, n°491 (somm.) obs.

[115] *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 50-1688/001, p.16.

[116] M.-A. BEERNAERT, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2014, La Chartre, 7ème édition, p. 183.

[117] Cass., 1er octobre 2008, *Pas*., 2008, n° 516.

2. Lien causal immédiat

Selon le législateur, un lien causal immédiat entre l'intervention du fonctionnaire de police et l'infraction commise doit être présent[118].

3. Qualité de l'auteur de la provocation

Le législateur a consacré la solution jurisprudentielle prévoyant qu'il est indifférent que la provocation émane d'un agent de l'autorité ou d'une personne qui agit pour le compte de celle-ci.

C. LA CHARGE DE LA PREUVE

Selon la jurisprudence, la preuve de l'absence de la provocation incombe à la partie poursuivante à la condition que les allégations de la personne poursuivie ne soient pas dépourvues de toute vraisemblance[119]. Il a cependant été jugé qu'un manque de spontanéité pourrait ôter leur vraisemblance aux allégations de provocation[120].

Les travaux préparatoires de la loi ont rappelé cette jurisprudence et ont précisé que puisque cela implique, pour le ministère public, de faire la preuve par la négative, « une preuve négative ne peut être fournie avec la même rigueur qu'une preuve positive »[121].

D. LES CONSÉQUENCES

1. Pour le procès pénal

L'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoit l'irrecevabilité des poursuites en cas de provocation. Cependant, cette sanction ne concerne que le fait auquel le prévenu a été incité[122]. Lors des travaux parlementaires ayant conduit à l'introduction de cet article en 2005, il a été précisé que « la provocation ne change donc rien aux constatations faites avant l'acte provocateur et des poursuites peuvent être engagés pour des faits connexes »[123].

Devant la Cour constitutionnelle, il a été argué que la limitation de l'irrecevabilité de l'action publique aux seuls faits provoqués, alors qu'elle devrait concerner l'ensemble de l'action publique, constituait une violation du droit à un procès équitable ainsi qu'aux principes de légalité et de prévisibilité en matière pénale. Selon la Cour, la poursuite pénale à l'égard d'autres faits, qui sont antérieurs à la provocation ou n'ont aucun lien avec elles et qui sont légalement constatés, ne viole pas le droit à un procès équitable. Elle a retenu que seul le juge peut apprécier quels faits présentent un lien avec les faits provoqués et décider si l'irrecevabilité de l'action publique doit être prononcée à l'égard des faits autres que ceux

[118] *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 50-1688/001, p.17.

[119] Anvers 27 juin 2002, *T. Straf.*, 2003, p.137

[120] Mons 5 mai 1992, *Rev.dr. pén.*, 1992, p. 890.

[121] Doc. Parl., Ch. repr., sess, 2001-2002, n° 50-1688/001, p. 16.

[122] Cass., 23 septembre 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 199 ; Ch. DE VALKENEER, *op cit*, p. 345 et article 30, alinéa 2 du titre préliminaire du Code de procédure pénale : « En cas de provocation, l'action publique est irrecevable en ce qui concerne les faits ».

[123] *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-20032, n° 1688/001, p. 101.

directement provoqués. La Cour a considéré qu'un tel pouvoir d'appréciation du juge n'est pas contraire aux principes de la légalité et de la prévisibilité en matière pénale[124].

Si les infractions antérieures à celles ayant été provoquées participent d'une même intention délictueuse, l'aveu recueilli à la suite de la provocation est une suite de l'action illégale de l'agent de l'autorité et ne peut dès lors pas fonder légalement une poursuite ou une condamnation, même s'il porte sur des infractions antérieures à celle qui a été déterminée par la provocation[125]. Il s'agit là en effet du même fait qui s'est manifesté à plusieurs reprises sur une période donnée. Dans cette hypothèse, il est logique que l'illégalité générée par la provocation atteigne l'ensemble de ses manifestations, celles-ci n'ayant pas une existence distincte les unes des autres, mais formant un tout[126].

2. Pour l'agent infiltré

Si la provocation est retenue et qu'elle a supposé des comportements constitutifs d'infractions non autorisées, le risque est grand que l'agent infiltré ne puisse pas bénéficier de la cause d'excuse absolutoire et fasse l'objet de poursuites.

[124] C.C., 19 juillet 2007, n° 105/2007, §§B.4.6 et suivants.

[125] Liège, 19 mai 1998, *J.T.*, 1999, pp. 9 et 10 et obs. Fr. KUTY, « Regard sur la provocation policière et ses conséquences », p. 10 ; Ch. DE VALKENEER, *op cit*, p. 345.

[126] Ch. DE VALKENEER, *op cit*, p. 345.

Les principes de loyauté de la preuve et du droit à un procès équitable. Infiltration et provocation policières

EN ESPAGNE

PROPOS LIMINAIRE. L'ENQUETE ET LA RECHERCHE DE PREUVES

Dans le système juridique espagnol, aux termes du code de procédure pénale (*Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, ci-dessous LECRIM)[127], **le procès pénal connaît deux grandes phases, une procédure ordinaire et plusieurs types de procédures spéciales**.

En principe, une première phase, appelée procédure préliminaire, comprend l'enquête sous le contrôle du juge d'instruction et avec la participation du ministère public, soit « les actions visant à préparer le procès et tendant à constater la commission des infractions et toutes les circonstances permettant la qualification des faits et l'établissement de la culpabilité des auteurs et de leur éventuelle responsabilité civile » (art. 299, LECRIM). Si ces constations rendent probable la mise en examen, le dossier de l'affaire est transmis au ministère public qui formule l'acte d'accusation et à l'avocat de la personne accusée qui prépare sa défense. Un juge différent du juge chargé de l'enquête convoque les parties au « procès oral », deuxième phase de la procédure pénale, à l'issue de laquelle l'affaire sera tranchée par une décision motivée d'acquittement ou de condamnation. Cette décision est susceptible d'appel devant la juridiction supérieure.

La phase d'enquête préliminaire est placée sous contrôle judiciaire (art. 117.3 et 24.1, Constitution espagnole, ci-après, CE)[128] et les actes de procédure sont accomplis, sauf exceptions, au siège de la juridiction. La durée légale de l'enquête préliminaire est de 6 mois maximum, portée à 18 mois pour les enquêtes complexes (art. 324 LECRIM).

Cette structure de principe connaît des nuances propres à la procédure ordinaire et aux cinq grandes procédures spéciales[129] régies par le Code de procédure pénale.

Une procédure ordinaire (art. 259 et s. LECRIM) s'applique aux faits passibles d'une peine privative de liberté de plus de 9 ans (art. 779 LECRIM, *per a contrario*)[130]. La phase initiale ou la procédure d'enquête préliminaire, appelée « procédure sommaire », relève de la compétence du juge d'instruction[131]. L'affaire est tranchée par le tribunal provincial (art. 82.1.1.1 *Ley Orgánica del Poder Judicial*, ci-après, LOPJ et 14.4 LECRIM).

Dans la procédure devant le « tribunal du jury », l'enquête est également conduite par le juge d'instruction. L'acte d'accusation ne pourra être émis que lorsque l'enquête aura

[127] Approuvé par le décret du 14 septembre 1882 et dernièrement modifié en 2015, https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con. Ce Code de procédure pénale, qui avait cessé de s'appliquer pendant la dictature franquiste, a été remis en vigueur à partir de 1978.

[128] Constitution espagnole de 1978, https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1).

[129] Nous pouvons citer, parmi les procédures pénales spéciales : la procédure dirigée contre les députés et les sénateurs (art. 750 à 756 LECRIM) ; la procédure par acceptation de la décision du Ministère public, concernant les infractions passibles d'une peine d'amende ou de travaux d'intérêt général (art. 803 bis LECRIM) ; la procédure dite de confiscation autonome (art. 803 ter LECRIM), la procédure concernant les infractions d'injure et de calomnie à l'encontre de particuliers (art. 804 à 815 LECRIM), les infractions commises par impression, gravure ou autres moyens mécaniques de publication (art. 816 à 823 bis LECRIM), la procédure d'extradition (art. 824 à 834 LECRIM) et la procédure relative aux détenus absents (art. 834 à 846 LECRIM). Toutefois, seule la procédure pour les délits d'injure et de calomnie à l'encontre de particuliers, la procédure d'acceptation de la décision du Ministère public et la procédure de confiscation autonome ont un profil à part, les autres empruntent les traits des procédures ordinaire et abrégée, avec quelques spécificités.

[130] À l'exception des infractions relevant de la compétence du « tribunal du jury ».

[131] Ou du juge des violences faites aux femmes (art. 87.1 a°, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, loi organique du pouvoir judiciaire, LOPJ et 14.2 LECRIM).

démontré l'opportunité des poursuites pour des faits constitutifs d'infractions relevant de la compétence du tribunal du jury, telles que l'homicide, la non-assistance à personne en danger, la corruption, le trafic d'influence, le détournement de fonds publics (art. 1.2 et 24, loi organique n° 5/1995, du 22 mai 1955, ci-après, LOTJ). A ce stade, le juge d'instruction doit convoquer la personne poursuivie, le ministère public et les autres parties à une comparution au cours de laquelle la personne poursuivie peut-être inculpée (mise en examen) et les parties peuvent solliciter toute mesure d'instruction qu'elles estiment appropriée (article 25 LOTJ). A l'issue de cette comparution, le juge instructeur a la possibilité de classer l'affaire ou de poursuivre la procédure (art. 637 et 641 LECRIM).

Une procédure « de jugement des délits mineurs » (art. 962 et s. LECRIM) concerne les actes qualifiés comme tels par le Code pénal (art. 13.3 et 4 et art. 433.4). La procédure est instruite, connue et jugée par le juge d'instruction (art. 87.1 c° LOPJ et 14.1 LECRIM)[132]. Deux situations peuvent se présenter : soit la police judiciaire a préparé le procès et un rapport de police est alors disponible soit le procès s'ouvre directement à l'audience où est reçue la dénonciation ou la plainte (art. 962 et 964 LECRIM). Dans ce dernier cas, l'instruction préalable est inexistante.

Une procédure applicable aux infractions commises avec la participation active de mineurs (personnes âgées entre 14 et 18 ans) est régie par la loi organique n° 5/2000 relative à la responsabilité pénale des mineurs (ci-après LORPM). Dans l'intérêt de la protection de l'intérêt supérieur du mineur, la phase préalable au procès oral est exceptionnellement attribuée au Parquet des mineurs. C'est donc le Parquet qui est chargé d'étayer la responsabilité du mineur (art. 16.2 LORPM), toujours sous contrôle judiciaire.

Une procédure dite abrégée (art. 757 et s. LECRIM) concerne les faits passibles d'une peine privative de liberté d'une durée maximale de 9 ans ou de toute autre peine quelle que soit sa durée[133]. Une procédure dite de poursuite rapide (art. 795 et s. LECRIM)[134] concerne certaines infractions flagrantes (telles que les infractions flagrantes de coups et blessures, de menace ou de violence physique ou psychologique, de vol, de vol qualifié, dont l'instruction est présumée simple) passibles d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à 5 ans ou de toute autre peine dont la durée ne dépasse pas 10 ans. Dans ces deux types de procédures, l'enquête, dite respectivement « diligences préliminaires » et « diligences urgentes », est conduite par la police judiciaire (toujours sous le contrôle du juge d'instruction). Ce rôle renforcé de la police judiciaire s'inspire du droit anglo-saxon et date de 2002[135].

Il est utile de préciser **les rôles respectifs des acteurs de l'enquête pénale**. Bien qu'en Espagne l'opportunité de confier l'enquête au ministère public soit discutée depuis un certain temps, cette compétence n'existe à l'heure actuelle que dans la procédure applicable aux infractions commises avec la participation active de mineurs. Pour les autres procédures, le ministère public jouit d'un statut privilégié, mais non d'un monopole dans l'exercice de l'action pénale. Il intervient dès le début de l'enquête, propose les poursuites qu'il juge appropriées et

[132] Ou par le juge des violences faites aux femmes.

[133] A l'exception des infractions relevant de la compétence des « tribunaux du jury » ou des infractions pour lesquelles une autre procédure spéciale s'applique.

[134] Introduit par la loi n° 38/2002, du 24 octobre 2002 pour la réforme partielle du code de procédure pénale, relative à la procédure pour la poursuite rapide et immédiate de certains crimes et délits et à la modification de la procédure abrégée.

[135] Art. 770, 771 et 796 LECRIM tels qu'issus de la loi n° 38/2002, du 24 octobre 2002.

exerce une fonction de contrôle (articles 306 et 308 LECRIM). Le rôle du ministère public est particulièrement important dans la procédure abrégée, où « il exerce ou ordonne à la police judiciaire d'effectuer les diligences qu'il juge pertinentes pour l'identification et la qualification des faits et de la responsabilité des participants » (art. 773. 2 LECRIM).

La police judiciaire[136] assiste le juge et le ministère public dans les enquêtes (art. 126 CE, 547 LOPJ et 282 LECRIM), en obéissant à leurs instructions (art. 283 LECRIM). La police judiciaire conduit elle-même l'enquête dans la procédure abrégée et la procédure de poursuites rapides. La police est chargée de recueillir tous les effets, instruments ou preuves menacés de disparition et de les mettre à la disposition des tribunaux (art. 282 LECRIM). Elle peut également intervenir d'office, pour des faits susceptibles de constituer une infraction « publique » (pour laquelle la mise en mouvement de l'action pénale ne nécessite pas un dépôt de plainte, art. 284.1 LECRIM). Elle met en œuvre les mesures dites préventives telles que : consignation des preuves de l'infraction susceptibles de disparaître, détention préventive des personnes présumées responsables de l'infraction, mesures de protection des victimes et de leurs proches (art. 13 LECRIM). Elle en informe l'autorité judiciaire ou le Procureur général dans les 24 heures (art. 295 LECRIM).

Les plaignants peuvent intervenir dans la procédure d'enquête (art. 302, 311, I et 776.3 LECRIM), sauf lorsque cette procédure est secrète (art. 302 LECRIM). L'intervention de la partie civile se limite aux diligences destinées à garantir le caractère effectif de la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'auteur des faits (art. 320 LECRIM). La partie visée par l'enquête, citée à comparaître, est tenue d'offrir ces garanties, bien qu'elle ne soit pas tenue de faire des déclarations ou de répondre à des questions (art. 24.2 CE et 520.2 LECRIM). À défaut de comparution volontaire, le juge peut délivrer à son encontre un mandat d'arrêt (art. 487 LECRIM), y compris aux niveaux européen et international (art. 784.4, 784.4, 784.4 LECRIM et art. 34 à 62 de la loi 23/2014, du 20 novembre, sur la reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'UE). Le système juridique espagnol garantit la pleine assistance juridique de la personne qui fait l'objet d'une enquête, depuis le début de l'enquête. Un défenseur peut être désigné d'office (articles 118.3 et 767 LECRIM).

L'objectif de l'enquête préalable est de déterminer l'existence, la nature et les circonstances de l'acte infractionnel afin de préparer le procès oral. À la différence du procès oral, l'enquête préalable ne cherche pas (directement) à justifier une éventuelle condamnation, puisque « le juge, apprécie (...) les preuves apportées au procès (...) et rend la sentence » (article 741 LECRIM)[137]. Exceptionnellement, la preuve anticipée peut être ordonnée et admise pendant la phase d'enquête, à condition qu'elle ne puisse pas être administrée pendant la phase du procès oral (art. 448 et 449 LECRIM pour les déclarations anticipées des témoins et art. 467 LECRIM pour les déclarations des auteurs des faits et les rapports des experts).

Évidemment, l'activité probatoire doit s'entourer de toutes les garanties (devant le juge compétent, en présence de l'avocat de la défense, avec le respect des principes de publicité,

[136] Les principales dispositions qui régissent le statut et les missions de la police judiciaire sont les suivantes : art. 126 CE ; art. 547-550 LOPJ ; titre III, livre II LECRIM ; art. 29 à 36, loi organique n° 2/1986, du 13 mars, relative aux forces et corps de sécurité de l'Etat ; décret n° 769/1987 du 19 juin relatif à la police judiciaire.

[137] Ensuite, la présomption d'innocence est faussée par la preuve pratiquée dans le procès oral avec contradiction, oralité, immédiateté et publicité et dans le respect de la légalité (en particulier, les droits fondamentaux de l'accusé de ne pas témoigner contre lui-même et de ne pas se confesser coupable).

d'immédiateté, du contradictoire et de l'égalité). Concernant les preuves préconstituées, elles doivent porter sur des éléments non reproductibles ou très difficiles à reproduire dans le procès. Pour qu'elles puissent être admises, ces preuves et notamment les actes policiers, nécessitent leur ratification par les agents qui les ont constituées, au procès.

I. L'INFILTRATION

A. LA DÉFINITION

La figure du fonctionnaire de police infiltré voit ses contours esquissés depuis 1999 par l'article 282bis LECRIM[138] qui confère à la police judiciaire la compétence pour enquêter sous couverture sur les infractions commises. Avant comme après 1999, une jurisprudence espagnole abondante participe à cette définition.

1. Jurisprudence

Déjà en 1984, la Cour Suprême (STS 1570/1984 du 15 novembre) reconnaissait l'infiltration policière en indiquant que la police « doit, entre autres fonctions, prévenir les infractions en exerçant une mission de prophylaxie sociale et de découverte de la préparation des infractions. Une des procédures d'enquête utilisées à ces fins par les agents, sans révélation de leur identité ou de leur statut public, est l'infiltration dans l'organisation infractionnelle ou dans l'environnement ou le milieu social fréquentés par les délinquants, afin de connaître leurs projets, de les faire avorter, de découvrir les auteurs d'actes punissables et de demander leur arrestation ».

En 2010, la Cour suprême (STS 1140/2010 du 29 décembre) définit l' « agent infiltré » comme « l'agent de police judiciaire spécialement choisi, qui, sous une identité supposée, est présent passivement, dans le respect de la loi et sous le contrôle du juge, pour enquêter sur des infractions de crime organisé sur lesquelles il est difficile d'enquêter, lorsque les autres méthodes d'enquête ont échoué ou sont manifestement insuffisantes, pour identifier ces infractions, recueillir des informations sur la structure et le mode opératoire des groupes infractionnels et rassembler des preuves ».

2. Législation

L'article 282 bis, 1° LECRIM énonce que « dans le cas d'enquêtes portant sur des activités liées à la criminalité organisée, le juge d'instruction compétent ou le ministère public, lequel est tenu de remettre immédiatement un rapport au juge, peut autoriser les fonctionnaires de la police judiciaire, par une décision fondée et tenant compte de leurs besoins aux fins de l'enquête, à agir sous une identité d'emprunt, à acquérir et à transporter des objets, des effets et des instruments de l'infraction et à en reporter la saisie ».

[138] Article ajouté par la loi organique n° 5/1999, du 13 janvier 1999, modifiant la loi sur les poursuites pénales en ce qui concerne l'amélioration des enquêtes relatives au trafic illicite de drogues et à d'autres activités illicites graves.

Dans cette matière, la réglementation espagnole est désormais conforme à l'article 29 de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

B. LE RÉGIME

À quelques exceptions près (champ d'action et autorité ordonnatrice), le système juridique espagnol prévoit un régime juridique unitaire pour les deux types d'infiltration, classique et numérique.

1. Types d'infractions

L'infiltration est autorisée dans le but de lutter contre la criminalité organisée, dans le cas des enquêtes portant sur des activités liées à ce secteur infractionnel. La criminalité organisée est définie par la loi comme l'association de trois ou plusieurs personnes dans le but de commettre, de manière permanente ou répétée, des actes constitutifs des infractions déterminées par la loi (art. 282 bis, § 1 et 4, LECRIM), à savoir :

- prélèvement, trafic et transplantation d'organes humains, enlèvement d'êtres humains, traite des êtres humains, prostitution (forcée) et exploitation sexuelle des majeurs et des mineurs ;

- atteinte à la propriété et à l'ordre socio-économique ; atteinte à la propriété intellectuelle et industrielle ; atteinte aux droits des travailleurs ; atteinte aux droits des citoyens étrangers ;

- trafic d'espèces végétales ou animales en danger ;

- trafic de matières nucléaires et radioactives ;

- atteinte à la santé publique ;

- contrefaçon de devises, de cartes de crédit ou de débit ou de chèques de voyage ;

- trafic et dépôt d'armes, munitions ou explosifs ;

- terrorisme ;

- atteinte au patrimoine historique.

La jurisprudence a complété la définition du crime organisé en précisant que « le concept d'organisation implique un pacte antérieur par lequel sont conçus les modes ou les formes d'action, la structure hiérarchique, la distribution des rôles. Il implique également une communication continue ou fréquente entre ses composantes » (STS 913/2006 du 20 septembre).

Ce champ des infractions permettant une enquête sous couverture a connu un élargissement progressif. L'infiltration classique a d'abord été autorisée et a démontré son efficacité dans les enquêtes relatives à certaines infractions d'une gravité et d'une complexité particulières telles que les infractions de trafic de drogue, de terrorisme, de traite des êtres humains. Les infractions relatives à la propriété intellectuelle et industrielle ont été rajoutées à la liste légale par une loi organique n° 15/2003, du 25 novembre 2003.

Du côté de l'infiltration numérique, une motion adoptée par l'assemblée plénière du Sénat le 23 mars 2011 exhortait le gouvernement à soumettre un projet de loi visant à permettre la présence des agents sous couverture dans la lutte contre la pornographie juvénile. La loi organique 13/2015 du 5 octobre 2015 relative à la modification du LECRIM pour le renforcement des garanties procédurales et la réglementation des mesures de recherche technologique a introduit, à l'article 282 bis LECRIM précité, les deux derniers paragraphes, §§ 6 et 7, mais aussi un nouvel article 588 ter a°.

En vertu du nouveau § 6 de l'article 282 bis, il est désormais possible pour les officiers de police judiciaire d'intervenir, sous une identité d'emprunt, dans les communications « qui ont lieu par des canaux de communication fermés », pour élucider les infractions relevant de la criminalité organisée (§ 4), commises au moyen d'instruments informatiques ou de tout autre service de communication. La Cour suprême a défini les communications « qui ont lieu par un canal de communication fermé » comme étant celles qui se caractérisent par la volonté expresse de l'auteur de la communication d'exclure des tiers du processus de communication[139]. L'intervention des agents de police dans les « voies ouvertes de communication » n'exige pas une autorisation judiciaire préalable.

En vertu du nouvel article 588 ter a°, les officiers de police judiciaire peuvent intervenir, sous une identité d'emprunt, pour enquêter quant aux infractions intentionnelles commises au moyen d'instruments informatiques, de toute technologie de l'information ou de la communication, passibles d'une peine maximale de 3 ans d'emprisonnement ou plus (articles 282 bis §6, 588 ter a° et 579 §1 LECRIM).

L'agent infiltré dûment autorisé peut échanger ou envoyer des fichiers illégaux par leur contenu et analyser les données permettant d'identifier les délinquants avec qui il sera ainsi entré en contact (art. 282 bis, § 6, al. 2).

2. Autorisation

Compte tenu des risques personnels et professionnels encourus, agir en tant qu'agent infiltré ne peut être qu'un acte volontaire, de sorte qu'aucun policier ne peut y être contraint (art. 282 à 2 LECRIM) et ce, malgré le devoir général d'obéissance. Dans le cas de l'infiltration numérique, le risque est perçu comme toujours existant, bien qu'il soit plutôt psychique que physique.

Dans sa modalité conventionnelle, l'infiltration doit être autorisée par une décision motivée rendue soit par le juge d'instruction soit par le ministère public qui en rend compte immédiatement au juge (art. 282 bis 1 LECRIM). L'infiltration numérique ne peut être autorisée que par le juge d'instruction (articles 282 bis 6 LECRIM).

L'agent infiltré est tenu de concevoir et d'ordonner son action afin d'être en mesure de demander au juge les autorisations nécessaires (art. 282 bis 3, 6 et 7 LECRIM).

L'identité d'emprunt est accordée par le Ministère de l'Intérieur pour une période de 6 mois, prorogeable pour des périodes de la même durée. La décision doit indiquer la véritable identité de l'agent et l'identité d'emprunt sous laquelle il agira dans le cas d'espèce. Cette décision et

[139] STS 767/2007 du 3 octobre 2007, STS 249/2008 du 20 mai 2008 et STS 220/2008 du 28 mai 2008.

les informations qu'elle contient seront conservées en dehors du dossier de l'affaire avec la sécurité requise (art. 282 bis 1 LECRIM).

Une fois nommé, l'officier de police judiciaire est autorisé à agir sous l'identité d'emprunt, pendant la période prévue.

3. Mission et statut de l'agent infiltré

Il n'existe pas en Espagne de force de police judiciaire dédiée aux tâches d'infiltration, bien que ces missions soient habituellement exercées par des membres des « Forces et corps de sécurité de l'État », soit les forces de police qui dépendent du Gouvernement de la nation, à savoir la « Garde civile » et le « Corps national de police » et les forces de police des communautés autonomes, *Ertzaintza* en Pays basque, *Mossos d´Escuadra* en Catalogne et la *Police Forale* en Navarre. Ainsi, seuls les membres des forces de police dépendant du Gouvernement de la nation ou du Gouvernement des communautés autonomes peuvent agir en tant qu'agents infiltrés et non les membres des forces de police locales (forces de police des Corporations locales).

En leur sein, il existe des corps spécialisés dans les techniques d'enquête criminelle, à savoir les unités organiques dites spécialisées. Selon la pratique habituelle, le commandement de l'unité de police judiciaire évalue les circonstances de l'affaire et choisit le fonctionnaire qui, s'il accepte, va procéder à l'infiltration.

Évidemment, pour la modalité numérique de l'infiltration, des connaissances informatiques spécifiques sont nécessaires. Des unités spécialisées ont été créées telles que *Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil*, *Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional* ou le pendant de la *Ertzaintza* dans la Communauté autonome du Pays Basque.

L'agent infiltré peut participer à certaines actions menées par les personnes visées par l'enquête, acquérir et transporter les objets, effets et instruments du crime et en différer la saisie, toujours dans le but d'enquêter sur l'infraction, de découvrir et de poursuivre les auteurs[140]. À cette fin, l'agent infiltré est présent parmi les membres de l'organisation criminelle, leur faisant supposer qu'il est l'un d'eux, accomplissant « des tâches d'aide ou de collaboration à l'initiative de l'auteur, simulant une volonté de commettre une infraction, ce qui rend possible une intervention judiciaire plus effective » (STS 4105/2003, du 13 juin).

5. Responsabilité pénale et civile de l'agent infiltré

La réglementation espagnole et sur sa base, la décision de nomination, limitent strictement les actions que l'agent infiltré peut mener ou pas, y compris au nom de sa protection et de sa sécurité juridique. Lorsqu'il agit dans ces limites, l'agent infiltré est exonéré de toute responsabilité pénale pour les actes accomplis. Le Code pénal dispose : « est exonéré de responsabilité pénale : (...) quiconque agit dans l'exercice d'un devoir ou dans l'exercice légitime d'un droit ou d'une charge » (art. 20.7).

[140] Par exemple, dans des affaires de trafic de drogues par des organisations criminelles, STS 240/2004 du 3 mars 2004, STS 24/2007 du 25 janvier 2007, STS 975/2007 du 15 novembre 2007.

Cette exonération de responsabilité pénale ne vaut pas pour les activités menées par l'agent avant qu'il ne soit autorisée judiciairement à agir en tant qu'agent infiltré (STS 655/2007 du 25 juin, STS 154/2009 du 6 février et STS 835/2013 du 6 novembre). Sa responsabilité civile pourra également être engagée (STS 395/2014 du 13 mai). Le juge statuera, entre autres, sur la base d'un rapport de l'autorité ayant autorisé l'agent infiltré (art. 282 bis 5 LECRIM). Exceptionnellement, il est arrivé que la Cour suprême légitime l'activité de l'agent infiltré, antérieure à son autorisation en cette qualité, par la difficulté d'infiltrer une organisation criminelle, par exemple, dans des affaires de trafic de drogues menées par de telles organisations (STS 575/2013 du 28 juin et STS 277/2016 du 6 avril).

Enfin, les actes de l'agent infiltré doivent être proportionnels à l'objet de l'enquête (le fait de tuer, par exemple, ne pourra jamais faire l'objet d'une autorisation judiciaire ni ne sera jamais jugé légitime) et ne doivent pas constituer une provocation à la commission de l'infraction.

6. Respect des droits fondamentaux

L'agent infiltré s'introduit dans une organisation criminelle ou agit, le cas échéant, dans l'espace virtuel pour recueillir des informations nécessaires au succès de l'enquête pénale (connaissance des faits et des auteurs). Dans cette tâche, il est en relation continue avec le juge qui l'a nommé, demande les autorisations requises par la loi et agit conformément à ses autorisations (art. 282 bis 3 LECRIM).

Ses actes sont particulièrement sensibles lorsqu'en raison même de leur nature, ils créent un risque d'atteinte aux droits fondamentaux.

Le juge compétent peut autoriser l'agent infiltré à enregistrer des images et des conversations même à l'intérieur d'un domicile. Cette possibilité est le résultat de la réforme opérée par la loi organique n° 13/2015 précitée qui répondait aux besoins exprimés dans la jurisprudence. Une décision de la Cour suprême avait souligné « la nécessité d'intégrer dans notre système procédural une règle qui couvre les entrées possibles au domicile de l'enquêté, sans autre autorisation et sans que le consentement de l'enquêté, entaché d'un vice en raison de la fausse identité de l'agent secret, ne puisse être remis en cause » (STS 575/2013 du 28 juin).

Dans le cas des interceptions téléphoniques, la Cour constitutionnelle a reconnu que les droits fondamentaux ne sont pas absolus et qu'ils peuvent connaître des limitations, dès lors que celles-ci sont nécessaires pour atteindre une fin constitutionnellement légitime, proportionnée et respectueuse du contenu essentiel des droits fondamentaux en question. Ainsi, tout droit fondamental peut se trouver restreint dans le cours d'une enquête visant à prévenir les infractions ou à en connaître les circonstances et les responsables. Ainsi, dans une affaire qui posait une question de santé publique, le Tribunal constitutionnel a réaffirmé que le droit à l'intimité personnelle pouvait se trouver restreint, dans la mesure où cela était nécessaire pour atteindre le but légitime poursuivi (la santé publique). La restriction devait être proportionnelle au but poursuivi et respectueuse du contenu essentiel du droit qui se trouvait ainsi restreint (STC 70/2002 du 3 avril).

L'agent infiltré doit faire connaître dans les meilleurs délais les informations obtenues à l'autorité qui conduit l'enquête et a autorisé son infiltration, sans préjudice du fait qu'il est

dispensé de l'obligation de dénoncer immédiatement les faits infractionnels dont il a connaissance.

L'agent infiltré doit également verser cette information, dans son intégralité, au « procès oral » (phase du procès), où elle est soumise à l'appréciation souveraine, « en conscience », du juge. Une décision de la Cour suprême souligne l'importance de la déposition de l'agent d'infiltration dans le procès oral. Sa déposition peut constituer la preuve suffisante permettant à l'accusation de mettre fin à la présomption d'innocence (STS 104/2011 du 1er mars et, dans le même sens, STS 395/2014 du 13 mai).

L'agent infiltré peut témoigner non seulement de ce qu'il a connu directement mais aussi de ce qu'il a su par d'autres, en précisant l'origine de l'information (« témoin de référence », art. 710 LECRIM). En revanche, il n'est pas possible pour un autre sujet, agissant comme « témoin de référence », de témoigner à la place de l'agent infiltré (STS 104/2011 du 1er mars et STS 395/2014 du 13 mai).

Si l'agent infiltré ne ratifie pas sa déposition lors du procès oral, en bénéficiant de toutes les garanties qui entourent sa comparution, ses dépositions effectuées au cours de l'enquête n'auront pas la valeur probante du témoignage mais celle d'une simple dénonciation. Ainsi, un arrêt du 3 juin 2015 de l'Assemblée plénière de la deuxième chambre de la Cour suprême retient ce qui suit : « Les déclarations données par devant les policiers n'ont aucune valeur probante. Elles ne peuvent pas servir à corroborer les moyens de preuve et ne peuvent pas non plus faire l'objet d'une opposition au sens de l'article 714 de la LECrim. Elles ne peuvent pas être utilisées comme preuves préconstituées au sens de l'article 730 de la LECrim. Elles ne peuvent pas non plus être incorporées à l'ensemble des éléments de preuve figurant dans la citation à comparaître en tant que témoins, adressée aux policiers qui les ont recueillies. Toutefois, les données objectives contenues dans une auto-incrimination, rendues vraisemblables par d'autres moyens de preuve authentiques et connues du déclarant dont émane l'auto-incrimination, peuvent servir de base à des déductions légitimes et logiques. Afin de vérifier, à ces fins exclusives, la validité et le contenu de la déclaration d'auto-incrimination faite par devant la police, les policiers qui en ont été témoins sont tenus d'en attester à l'audience. »

Si l'agent infiltré a été dûment autorisé à échanger des fichiers illicites et à enregistrer des images et des conversations, ces fichiers et ces enregistrements seront produits lors du procès oral. Il s'agit de preuves technologiques ou documentaires. Lorsqu'ils comportent des données à caractère personnel, leur production suivra une procédure spécifique, pour une protection adéquate de ces données aux termes de la directive (UE) 2016/680[141].

Les preuves obtenues sans autorisation judiciaire préalable sont nulles (art. 11 loi organique n° 6/1985 du 1er juillet, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, loi organique relative au pouvoir judiciaire).

Enfin, durant la phase du procès oral, et lors de sa déposition, l'agent infiltré est autorisé à conserver l'identité d'emprunt, par une autorisation motivée du juge. L'agent pourra bénéficier

[141] Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

des dispositions relatives à la protection des témoins et experts en matière pénale (loi organique n° 19/1994 du 23 décembre 1994, relative à la protection des témoins et experts en matière pénale).

II. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ ET LA PROHIBITION DE LA PROVOCATION

A. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

L'action de l'agent infiltré doit être conforme au principe de légalité (art. 1 CE), soit respecter l'ensemble des lois de l'Etat espagnol mais aussi le droit de l'Union européenne, la Déclaration universelle des droits de l'homme[142], les traités et accords internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Espagne et notamment la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6)[143] et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit à un procès équitable. Plus particulièrement, selon l'article 11.1 de la LOPJ, « quelle que soit la procédure, les règles de bonne foi seront respectées. Seront nulles les preuves obtenues, directement ou indirectement, en violation des droits et libertés fondamentales ».

Cette exigence repose sur une tension permanente entre la personne et l'État ou, en d'autres termes, entre le besoin de procédures pénales efficaces et le respect de la légalité et des droits fondamentaux des citoyens. En matière d'infiltration numérique, ce sont le droit au secret des communications et le droit à la vie privée qui risquent d'être particulièrement affectés par l'intervention de l'agent infiltré. C'est bien la nécessité de limiter ces risques qui explique l'exigence de l'autorisation judiciaire préalable, laquelle est également fondée sur le principe d'interdiction de l'arbitraire dans l'action des pouvoirs publics (art. 9.3 CE).

Selon la jurisprudence européenne, le respect des droits fondamentaux en général, le respect des droits de l'accusé en particulier, et notamment le respect du droit à un procès équitable constituent la limite fondamentale des actes d'infiltration (CEDH, 2 décembre 2014, *Taraneks c. Lettonie*, 3082/06 ; CEDH, 23 mai 2017, *Van Wesenbeeck c. Belgique*, 67496/10 et 52936/12).

La Cour suprême espagnole a affirmé expressément la nécessité de respecter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de l'infiltration, technique spéciale d'investigation (STS 204/2013 du 14 mars). La Cour suprême espagnole a précisé que le principe de légalité devait présider autant au choix des moyens qu'à la définition des finalités poursuivis par une opération d'infiltration. Ainsi, dans une affaire de trafic de drogue, la plus haute juridiction souligne la nécessité que l'ensemble de la procédure pénale, enquête comprise, respecte la présomption d'innocence et que l'intervention de la police ait lieu seulement conformément à la loi (STS 953/1991, du 20 février).

[142] Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 10 décembre 1948.

[143] La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que le respect d'un procès équitable est la limite fondamentale de l'infiltration, et la procédure pénale doit toujours agir conformément aux principes de la première. En ce sens, par tous, STEDH 59/2017, 23 mai.

B. LA PROHIBITION DE LA PROVOCATION

1. Définition de la provocation

La Cour constitutionnelle a reconnu que l'impact de l'infiltration en tant que méthode d'enquête, sur les droits fondamentaux, doit être mesuré à l'aune du principe de proportionnalité. Il convient de débattre de la pertinence de la mesure, de sa nécessité et de l'équilibre approprié entre le sacrifice subi par le droit fondamental limité et l'avantage recherché et obtenu (par exemple, une affaire où la Cour a reconnu la légitimité de la limitation du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile, STC 136/2000 du 29 mai).

Cette doctrine a été réaffirmé ensuite par la Cour suprême, dans des termes similaires (STS 1979/2007 du 28 février, STS 2519/2007 du 4 avril).

Aux termes de la jurisprudence de la Cour suprême espagnole, la provocation est constituée dès lors que « la volonté de commettre une infraction se manifeste non pas en raison de la propre décision libre de la personne, mais en raison de l'activité trompeuse d'un autre, généralement un agent ou un collaborateur des forces de sécurité qui, guidé par l'intention d'arrêter des suspects ou de faciliter leur arrestation, provoque une conduite illégale que la personne n'avait pas planifiée ni décidée et qu'elle n'aurait pas eue autrement », ou encore dès lors que « l'agent infiltré induit la commission de l'acte punissable, tout en s'efforçant de rendre indétectable le lien causal entre son acte et la commission de l'infraction » (STS 395/2014 du 13 mai, STS 1155/2002 du 12 juin, STS 1002/2005 du 6 juillet, STS 104/2011 du 1er mars, STS 427/2013 du 10 mai, STS 573/2013 du 18 juin et STS 835/2013 du 6 novembre).

La jurisprudence espagnole affirme clairement que l'activité de l'agent doit être limitée à la preuve de la commission du crime par d'autres, faisant observer qu'il y a une distinction nette entre d'une part le fait de recueillir les preuves d'une infraction commise ou en train de se commettre et d'autre part le fait de provoquer la commission d'une infraction. Ainsi, l'activité policière, sans enfreindre aucune loi, vise à découvrir des infractions déjà commises, généralement de nature successive, tel le trafic de drogue. L'agent infiltré ne cherche pas à générer la commission de l'infraction, mais plutôt à recueillir les preuves d'une activité illégale déjà commise ou en cours d'être commise, dont il n'a eu au départ que des soupçons. A l'opposé, lorsqu'il y a provocation, du côté de l'accusé il n'existe pas de décision libre et souveraine de commettre l'infraction. La jurisprudence espagnole est constante dans ce sens (STC 11/1983 du 21 février, STS 1525/1998 du 9 décembre 1998, STS 93/1999 du 16 avril, STS 262/2003 du 19 février, STS 427/2013 du 10 mai et STS 395/2014 du 13 mai).

De la même manière et plus récemment (STS 360/2016, 10 février), la haute Cour a retenu que « l'infraction provoquée est constituée par une action trompeuse de la police qui crée une apparence d'une infraction en ayant en tout temps un contrôle absolu de la situation. L'activité des agents de police doit tendre à recueillir la preuve des infractions. Il n'est donc pas possible de confondre l'infraction provoquée par l'instigation de l'agent avec l'infraction que l'activité policière tend à prouver. En bref, la provocation à la commission de l'infraction se définit par trois éléments :

a) un élément subjectif qui consiste en l'incitation trompeuse, de la part de l'agent, à commettre une infraction, que le sujet provoqué n'était pas déterminé à commettre ;

b) un premier élément objectif qui consiste dans le contrôle du sujet provoqué qui commet l'infraction induite, par les enquêteurs ;

c) un second élément objectif qui consiste en l'absence de menace pour l'ordre légal protégé, ce qui démontre l'atypique de la situation causée par l'infiltration.

Comme indiqué dans la décision STS 571/2008 du 25 septembre, l'infraction provoquée est une « activité policière inacceptable et inadmissible qui va au-delà des limites de la légalité ».

2. Conséquences

Les éléments de preuve obtenus à l'aide d'actes constitutifs de provocation policière sont inadmissibles dans la procédure pénale (STS 1406/1993 du 14 juin).

L'existence de la provocation entraîne la responsabilité pénale de l'agent d'infiltré. En effet, selon la loi espagnole, l'exonération de responsabilité pénale est soumise à deux conditions expresses : les actes de l'agent infiltré doivent être proportionnels à l'objet de l'enquête et ne pas être constitutifs d'une provocation à la commission de l'infraction. Si l'agent infiltré agit en violation du principe de proportionnalité ou provoque l'infraction, il est pleinement responsable. A ce stade, le juge compétent pour connaître de l'affaire, dès qu'il en a connaissance, demande un rapport à ce sujet à la personne qui a autorisé l'identité d'emprunt et statue en conséquence (art. 282 bis, 5° LECRIM).

Annexe. Code de procédure pénale espagnol. Extraits

Code de procédure pénale (LECRIM)

Art. 282

Le devoir de la police judiciaire et celui de tous ses membres consiste dans : l'identification des infractions publiques commises dans sa circonscription ; les diligences nécessaires pour découvrir les auteurs ; le rassemblement de tous les effets, instruments ou preuves du crime risquant de disparaître, afin de les mettre à la disposition de l'autorité judiciaire. Lorsque les victimes entrent en contact avec la police judiciaire, elles doivent se conformer aux obligations d'information prévues par la législation en vigueur. La police procède également à une évaluation de la situation particulière des victimes afin de déterminer les mesures provisoires de protection à adopter à leur égard, sans préjudice de la décision finale qui sera prise par le juge.

S'il s'agit d'une infraction qui ne peut faire l'objet de poursuites qu'à la demande d'une partie légitime, celle-ci aura la même obligation que celle énoncée au paragraphe précédent, si elle est tenue de déposer plainte. Le défaut de dépôt de plainte ne fait pas obstacle à la prise des premières mesures visant à prévenir et à garantir les atteintes à la propriété intellectuelle et industrielle.

Article 282 bis

1. Aux fins énoncées à l'article précédent et dans le cas d'enquêtes portant sur des activités liées à la criminalité organisée, le juge d'instruction compétent ou le ministère public, lequel est tenu de remettre immédiatement un rapport au juge, peut autoriser les fonctionnaires de la police judiciaire, par une décision fondée et tenant compte de leurs besoins aux fins de l'enquête, à agir sous une identité d'emprunt, à acquérir et à transporter des objets, des effets et des instruments de l'infraction et à en reporter la saisie. L'identité d'emprunt est accordée par le Ministère de l'intérieur pour une période de six mois, prorogeable pour des périodes d'égale durée. Ces fonctionnaires sont habilités à agir dans tous les domaines liés à l'enquête spécifique et à participer aux relations juridiques et sociales sous cette identité.

La décision doit indiquer le nom réel de l'agent et l'identité d'emprunt sous laquelle il agira dans le cas d'espèce. La décision sera réservée et tenue à l'écart des actions menées, en toute sécurité.

Les renseignements obtenus par l'agent infiltré doivent être communiqués dès que possible à l'autorité ayant autorisé l'enquête. De même, ces informations sont versées au procès et soumises à l'évaluation souveraine de l'organe judiciaire compétent.

2. Les officiers de police judiciaire qui ont agi dans le cadre d'une enquête sous une identité d'emprunt conformément aux dispositions du paragraphe 1 peuvent conserver cette identité lorsqu'ils témoignent dans la procédure qui traite des évènements dans lesquels ils sont intervenus, à condition que cela soit ordonné par une décision judiciaire motivée. Les dispositions de la loi organique n° 19/1994, du 23 décembre, leur sont également applicables.

Aucun officier de la police judiciaire ne peut être obligé d'agir en tant qu'agent infiltré.

3. Lorsque les actes de l'enquête peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux, l'agent infiltré doit demander à l'organe judiciaire compétent les autorisations prévues à cet égard par la Constitution et la loi, et doit respecter les autres dispositions légales applicables.

4. Aux fins indiquées au paragraphe 1 du présent article, l'association de trois personnes ou plus pour commettre, de manière permanente ou répétée, une ou plusieurs des infractions suivantes constitue une infraction de criminalité organisée :

a) les infractions relatives à l'obtention, au trafic et à la transplantation d'organes humains, telles que prévue à l'article 156 bis du Code pénal ;

b) l'infraction d'enlèvement et de séquestration prévue aux articles 164 à 166 du Code pénal ;

c) la traite des êtres humains prévue à l'article 177 bis du Code pénal ;

d) les infractions liées à la prostitution visées aux articles 187 à 189 du Code pénal ;

e) les atteintes aux biens et à l'ordre socio-économique prévues aux articles 237, 243, 244, 248 et 301 du Code pénal ;

f) les infractions relatives à la propriété intellectuelle et industrielle visées aux articles 270 à 277 du Code pénal ;

g) les atteintes aux droits des travailleurs en vertu des articles 312 et 313 du Code pénal ;

h) les atteintes aux droits des ressortissants étrangers, conformément à l'article 318 bis du Code pénal ;

i) les infractions de trafic d'espèces de faune et de flore menacées d'extinction prévues aux articles 332 et 334 du Code pénal ;

j) l'infraction de trafic de matières nucléaires et radioactives prévue à l'article 345 du Code pénal ;

k) les atteintes à la santé publique prévues aux articles 368 à 373 du Code pénal ;

l) les infractions de contrefaçon de monnaie prévues à l'article 386 du Code pénal, et de contrefaçon de cartes de crédit ou de débit ou de chèques de voyage, prévues à l'article 399 bis du Code pénal ;

m) le trafic et le dépôt d'armes, de munitions ou d'explosifs, tels que prévus aux articles 566 à 568 du Code pénal ;

n) les infractions terroristes visées aux articles 572 à 578 du Code pénal ;

o) les infractions contre le patrimoine historique prévues à l'article 2.1.e de la loi organique 12/1995, du 12 décembre, relative à la répression de la contrebande.

5. L'agent infiltré sera exonéré de toute responsabilité pénale pour les actes qui sont une conséquence nécessaire du déroulement de l'enquête, pour autant qu'ils soient proportionnels à l'objectif de l'enquête et ne constituent pas une provocation à la commission de l'infraction.

Afin de pouvoir poursuivre pénalement l'agent pour les actes accomplis aux fins de l'enquête, le juge compétent pour connaître de l'affaire doit, dès qu'il a connaissance de l'action d'un agent infiltré dans l'affaire, demander à la personne qui a autorisé l'identité d'emprunt, un rapport concernant ces faits, afin d'y statuer souverainement.

6. Le juge d'instruction peut autoriser des agents de la police judiciaire à agir sous une identité d’emprunt dans des communications qui ont lieu par des canaux de communication fermés aux fins d'élucider l'une quelconque des infractions visées au paragraphe 4 du présent article ou l'une quelconque des infractions visées à l'article 588 ter a°.

L'agent infiltré sur les réseaux numériques peut, avec une autorisation spécifique, échanger ou envoyer lui-même des fichiers ayant un contenu illégal et analyser les algorithmes permettant d'identifier la source des fichiers illégaux échangés sur ces réseaux.

7. Au cours d'une enquête menée sous couverture, le juge compétent peut autoriser l'obtention d'images et l’enregistrement des conversations au cours des rencontres prévues entre l'agent et la personne faisant l'objet de l'enquête, même si elles ont lieu à l’intérieur d’un domicile.

Article 579. Correspondance écrite ou télégraphique.

1. Le juge peut ordonner la détention de la correspondance privée, postale et télégraphique, y compris les télécopies, les télécopies, les télécopies et les mandats, que la partie faisant l'objet de l'enquête envoie ou reçoit, ainsi que leur ouverture ou leur examen, s'il existe des indices permettant de découvrir ou de vérifier par ces moyens un fait ou une circonstance pertinent pour la cause, pourvu que l'enquête ait comme objet uns des infractions suivantes :

1. les infractions intentionnelles passibles d'une peine d'emprisonnement maximale d'au moins trois ans.

2. les infractions commises au sein d'un groupe ou d'une organisation criminelle.

3. les infractions terroristes.

Article 588 ter a. Budgets.

L'autorisation d'interception des communications téléphoniques et télématiques ne peut être accordée que lorsque l'enquête a pour objet l'une des infractions visées à l'article 579.1 de la présente loi ou les infractions commises au moyen d'instruments informatiques ou de tout autre service d'information ou de communication.

Les principes de loyauté de la preuve et de l’équité du procès. Infiltration et provocation policières

AU QUÉBEC

Le présent rapport vise à brosser un tableau des règles applicables en matière d'infiltration policière et, par le fait même, à son pendant abusif, soit la provocation policière. Une attention particulière sera portée à la dimension numérique de la question. Cet aspect a fait l'objet d'une décision récente de la Cour suprême du Canada, décision qui s'inscrit dans un ensemble de jugements ayant pour objectif avoué de mettre de l'ordre dans les enquêtes policières en matière numérique, un domaine où le législateur canadien (et québécois) n'a pas exercé son pouvoir législatif préférant s'en remettre à la sagesse des juges. Dans ce contexte, signalons que nous avons délibérément limité notre rapport à l'exposé des enseignements de la Cour suprême du Canada. En effet, la jurisprudence à la fois dense et récente de cette Cour nous apparaît suffisante pour exposer convenablement les règles applicables.

PROPOS LIMINAIRE. L'ENQUETE ET LES PRINCIPES D'ÉQUITÉ DU PROCES ET DE DÉFENSE DU « CRÉDIT DE LA JUSTICE »

Au Québec, le droit pénal (*lato sensu*) se divise en deux grands champs : le « droit criminel » et le « droit pénal » (*stricto sensu*).

D'une part, le « droit criminel » régit les infractions les plus graves (meurtre, vol, agression sexuelle, extorsion, etc.), principalement dans le Code criminel canadien[144] mais aussi dans quelques lois fédérales particulières (par ex., la loi réglementant certaines drogues et autres substances[145]). Les infractions visées correspondent donc à la plupart des crimes et à une partie des délits réprimés en droit pénal français. La juridiction de droit criminel est une juridiction fédérale, en vertu du partage constitutionnel des pouvoirs[146]. Pour cette raison, le droit criminel en vigueur au Québec est donc, à quelques nuances près, le même que celui applicable dans le reste du Canada.

D'autre part, le « droit pénal » (droit réglementaire) émane autant du législateur provincial[147] que du législateur fédéral.[148] Le droit pénal vise surtout à prohiber des comportements qui menacent le bien-être public sans pour autant présenter une gravité objective importante. Si l'emprisonnement est parfois possible pour ce type d'infractions, la peine d'amende s'applique dans l'écrasante majorité des cas. Des dizaines de milliers d'infractions relèvent du droit pénal réglementaire, notamment en matière routière, en matière d'environnement et en matière commerciale pour ne donner que quelques exemples. Si le droit pénal d'origine provinciale varie grandement d'une province à l'autre, il demeure que plusieurs principes de droit criminel y sont applicables. C'est notamment le cas des principes en matière d'infiltration policière,

[144] La version en ligne du Code criminel canadien peut être consultée en cliquant sur le lien suivant : https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/

[145] La version en ligne de cette loi peut être consultée en cliquant sur le lien suivant : https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-38.8/

[146] R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2109/index.do)

[147] À titre de créature du gouvernement provincial, les municipalités ont donc aussi le pouvoir de créer des infractions pénales réglementaires.

[148] R. c. Sault Ste. Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2605/index.do)

question qui se pose autant en matière criminelle (par ex., infractions en matière de stupéfiants) qu'en matière de droit pénal (par ex., infractions en matière de braconnage).

En matière criminelle comme en matière pénale, les divers services de police (municipal, provincial ou fédéral) mènent les enquêtes sur les infractions commises. Les enquêtes peuvent débuter suite à une plainte ou d'office, sur initiative policière, ce qui est souvent les cas pour les infractions sans victime humaine directe (par ex., le trafic de stupéfiants ou la contrebande). Si des mesures attentatoires aux droits du suspect (par ex., la fouille de sa résidence) sont nécessaires pour les fins de l'enquête, un juge devra statuer, *ex parte*, sur les demandes de mandat (de perquisition ou d'arrestation) présentées par les policiers[149]. Si le corps policier qui mène l'enquête juge que les preuves sont suffisantes pour fonder des accusations, un agent se rendra au bureau du Directeur des poursuites criminelles et pénales[150] (DPCP) de sa région afin de soumettre le dossier à un avocat du DPCP qui décidera ou non de porter des accusations (et décider, le cas échéant, lesquelles).

Une fois les accusations déposées, la phase judiciaire s'enclenche. On procédera, dans l'ordre, à la comparution devant un juge, à l'enquête sur remise en liberté (si l'organe de poursuite souhaite la détention de l'accusé pendant les procédures), à l'enquête préliminaire (dans de rares cas), au procès et, finalement, à la détermination de la peine si l'accusé est déclaré coupable. L'ensemble de la procédure est de nature contradictoire et la preuve testimoniale est la forme la plus fréquente de preuve à charge.

L'accusé bénéficie de la présomption d'innocence mais le droit canadien ne reconnaît pas, en tant que concept autonome, le principe de loyauté procédurale. En lieu et place, le droit canadien consacre, dans la *Charte canadienne des droits et libertés*[151] (notamment art. 7 à 14 et 24, respectivement sous les intitulés « Garanties juridiques » et « Recours », une série de droits de la défense qui, une fois juxtaposés, garantissent un procès équitable pour la personne qui fait l'objet d'une enquête. Ainsi, la personne détenue devra être immédiatement informée des motifs de sa détention et de son droit de contacter un avocat. Si elle souhaite se prévaloir de ce droit, les policiers devront surseoir à l'interrogatoire et lui permettre d'entrer en communication avec son avocat[152]. En tout état de cause, la personne détenue conserve le droit de garder le silence et celui de ne pas être contrainte à s'auto-incriminer pendant l'enquête. Des protections en matière de fouille, de saisie et de perquisition abusives sont également prévues (art. 8). Lors du procès, d'autres droits s'ajoutent dont celui à une défense pleine et entière qui a notamment pour corollaire l'obligation pour l'organe de poursuite de divulguer à l'accusé la preuve à charge et à décharge en sa possession. Évidemment, le droit à un procès équitable ainsi que celui de ne pas être contraint de témoigner complètent l'arsenal offert à l'accusé pour « lutter à armes égales ».

---

[149] Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/5274/index.do)

[150] Pour certaines infractions fédérales, l'organe de poursuite pénale sera plutôt le Service des poursuites pénales du Canada. Certaines infractions pénales relèvent d'organes de poursuite particuliers. C'est notamment le cas de l'Autorité des marchés financiers pour certaines infractions pénales de nature économique et des municipalités pour les infractions à la réglementation municipale. Cela dit, le principe de base demeure, le policier fait enquête et l'organe de poursuite pénale compétent décide ou non de porter des accusations après avoir consulté le dossier policier.

[151] Une version en ligne de cette loi constitutionnelle peut être consultée en cliquant sur le lien suivant : https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/const/page-15.html

[152] R. c. G.T.D., 2018 CSC 7, [2018] 1 R.C.S. 220 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/16988/index.do)

Finalement, précisons que le juge pourra écarter une preuve logiquement pertinente en vertu de diverses règles d'administration de la preuve. Il s'agit à écarter autant les preuves douteuses (par ex., la preuve par ouï-dire est généralement interdite[153]) que les preuves obtenues dans des conditions qui portent atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé (par ex., un échantillon sanguin obtenu en violation du droit de consulter un avocat[154]). Dans ce dernier cas, le juge devra se demander si l'utilisation de la preuve illégalement obtenue est « susceptible de déconsidérer l'administration de la justice », à savoir si elle est susceptible de « porter atteinte à une bonne administration de la justice » ou si elle n'est pas conforme aux principes du procès civil qui « est un débat contradictoire conduit selon des règles qui en assurent l'équité et l'efficacité devant un tribunal indépendant et impartial »[155].

Si le principe de l'équité du procès est partagé par l'ensemble des systèmes juridiques de *commun law*, le principe de l'exclusion des preuves qui risqueraient de porter atteinte au crédit de la justice est propre au droit canadien.

Une preuve susceptible de créer ce risque doit donc être exclue en vertu des dispositions de *Charte*[156] : « 24. (2) Irrecevabilité d'éléments de preuve qui risqueraient de déconsidérer l'administration de la justice. Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. »

I. L'INFILTRATION

A. LES DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE D'ENQUÊTE NUMÉRIQUE

Avant d'aborder les règles applicables en matière d'infiltration, il importe de traiter brièvement de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d'enquête numérique, jurisprudence extrêmement fournie ces dix dernières années. En effet, la Cour a rendu près d'une dizaine de décisions importantes à ce sujet, venant ainsi combler le vide législatif en ce domaine. Un bref aperçu des cinq principales décisions s'avère nécessaire afin de mieux comprendre le contexte des règles qui régissent l'infiltration numérique.

Avec l'arrêt *Vu*[157] (2013), la Cour doit déterminer si les policiers peuvent fouiller le contenu d'un ordinateur saisi lors d'une perquisition autorisée par mandat. La Cour conclut que cette fouille est possible seulement si le mandat l'autorise spécifiquement et qu'elle doit se limiter aux éléments mentionnés par le mandat. La Cour ajoute que « l'expectative de vie privée », à

[153] R. *c.* Khelawon, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2332/index.do)

[154] R. *c.* Taylor, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14276/index.do)

[155] D. Mockle, La justice, l'efficacité et l'imputabilité, *in Les Cahiers de droit*, 2013, 54 (4), p. 614, https://doi.org/10.7202/1020649ar

[156] R. *c.* Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/7799/index.do)

[157] R. *c.* Vu, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/13327/index.do)

savoir l'attente légitime en matière de respect de la vie privée, en cas de fouille informatique, est extrêmement élevée. Les policiers doivent rendre compte en détail de la nature de la fouille informatique effectuée et de sa conformité au mandat qui l'autorise.

Dans l'arrêt *Spencer*[158] (2014), la Cour s'intéresse à la question de l'anonymat sur le web et donc à la possibilité, pour les policiers, d'interroger un fournisseur de services internet pour lier une adresse IP à une adresse « civique » (localiser une adresse IP). Dans cette affaire, les policiers savaient qu'une personne possédait des contenus de pornographie juvénile mais n'avaient accès qu'à l'adresse IP de l'ordinateur comme élément d'identification. La Cour conclut que le fournisseur de services internet ne doit pas divulguer sur simple demande des policiers l'adresse civique liée à une adresse IP, car le client qui navigue sur le web a une « expectative de vie privée » très élevée, expectative de vie privée qui est confirmée par l'utilisation abondante de pseudonymes sur le web. Selon la Cour, l'anonymat est une composante intégrale de la navigation sur le web et les policiers ne sauraient requérir des informations d'un fournisseur de services internet sans être munis d'une autorisation judiciaire préalable.

La question des fouilles du contenu d'un téléphone portable est traitée dans l'arrêt *Fearon* (2014)[159]. Cette fois, c'est la possibilité pour les policiers de fouiller sans mandat le téléphone portable de l'accusé au moment de l'arrestation qui est en cause. Selon l'accusation, ce type de fouille est nécessaire pour assurer la sécurité des policiers et du public et pour permettre de trouver des éléments de preuve susceptibles de faire avancer l'enquête. La Cour l'autorise mais émet des réserves importantes quant à sa portée et à sa durée. Sommairement, la fouille doit se faire dans les minutes qui suivent l'arrestation et poursuivre un objectif de sécurité ou de découverte de preuve mais seulement, dans ce dernier cas, si l'enquête serait autrement paralysée. De surcroît, les règles à respecter sont les mêmes, que l'appareil soit protégé par un mot de passe ou non.

Après un hiatus de quelques années, la Cour provoque la surprise générale dans l'affaire *Marakah*[160] (2017) en statuant qu'une personne a une expectative de vie privée à l'égard de textos transmis à un tiers. Dans cette affaire, les policiers avaient saisi illégalement un téléphone portable mais souhaitaient néanmoins utiliser son contenu pour incriminer un complice du propriétaire du téléphone. Selon l'accusation, ce complice ne pouvait, juridiquement, invoquer la violation des droits constitutionnels d'autrui. La Cour n'a pas retenu cet argument. Selon les juges majoritaires, l'auteur d'un texto possède une expectative de vie privée et ne souhaite pas nécessairement que son message soit lu par une personne autre que le destinataire. Bien qu'il soit manifeste que l'auteur du texto ne puisse empêcher la retransmission à autrui par le destinataire, il n'en demeure pas moins, toujours selon l'opinion majoritaire, que cette absence de contrôle n'exclut pas l'expectative de vie privée de l'auteur. Autrement dit, la Cour consacre, dans certains cas, l'existence d'un droit à la vie privée pour l'auteur de textos qui se trouvent pourtant dans le téléphone portable d'autrui.

[158] R. c. Spencer, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14233/index.do)

[159] R. c. Fearon, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14502/index.do)

[160] R. c. Marakah, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/16896/index.do)

Un an plus tard, la Cour persiste avec l'arrêt *Reeves*[161] (2018) qui porte sur l'expectative de vie privée d'un suspect à l'égard d'un ordinateur à accès partagé. Si le problème s'était déjà posé relativement à un ordinateur utilisé sur les lieux du travail et fourni par l'employeur[162], il était cette fois question d'un ordinateur que l'accusé partageait jadis avec sa conjointe, devenue son ex-conjointe en raison d'une rupture récente. Cette dernière avait remarqué la présence, dans la mémoire de l'ordinateur, de fichiers contenant de la pornographie juvénile. Elle en avait aussitôt avisé les policiers en plus de consentir, en tant que propriétaire, à ce que les policiers fouillent le contenu de son ordinateur. A la suite de l'arrêt *Marakah*, la Cour conclut que l'accusé avait néanmoins une expectative de vie privée même si l'ordinateur était autrefois partagé et qu'il n'y avait plus accès en raison de la rupture. Dans ce contexte, le consentement donné par son ex-conjointe à la fouille de l'appareil ne pouvait lui être opposé. Par conséquent, une autorisation judiciaire préalable au sens de l'arrêt *Vu* était requise dans les circonstances pour procéder à la fouille de l'appareil. Puisque les policiers n'avaient pas obtenu une telle autorisation, les éléments de preuve découverts dans l'ordinateur ont été exclus en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*.

Ce bref tour d'horizon démontre l'importance qu'attache la Cour à la notion d'expectative de vie privée afin de résoudre les litiges liés aux enquêtes virtuelles. En effet, en présence d'une telle expectative, la protection contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives prévue à l'article 8 de la *Charte canadienne* s'applique et il faut donc que les agissements des policiers soient autorisés au préalable par la loi, par la *common law* ou par un juge par le biais d'un mandat.

B. L'INFILTRATION CLASSIQUE ET INFILTRATION NUMÉRIQUE, TECHNIQUES D'ENQUÊTE

Les policiers canadiens ont recours à l'infiltration dans le cadre de leurs enquêtes. La question de la conduite répréhensible lors d'une infiltration a été soulevée devant la Cour suprême dès 1982 sous le vocable de la provocation policière[163]. Comme nous l'avons indiqué, le législateur canadien n'a pas légiféré sur le sujet et il a donc fallu que les juges façonnent, de toutes pièces, les règles applicables dans de telles situations[164] Deux principaux cas de figure se retrouvent en jurisprudence.

La première variante, et la plus simple, consiste à offrir au suspect une occasion de commettre une infraction afin de le prendre en flagrant délit. Plusieurs cas d'espèce illustrent cette variante. Pensons notamment au recours à des agents en civil qui offrent des services sexuels illégaux afin de débusquer les contrevenants. Cette méthode d'enquête peut être utilisée autant de façon classique (un policier qui arpente les rues, déguisé en travailleur du sexe) que dans un contexte numérique (un policier qui utilise un faux profil d'enfant mineur sur un site pro-pédophiles). Les infractions liées aux stupéfiants se prêtent particulièrement bien à l'utilisation de ce moyen d'enquête car il suffit qu'un trafiquant accepte de vendre son produit

[161] R. c. Reeves, 2018 CSC 56 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/17405/index.do)

[162] R. c. Cole, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/12615/index.do)

[163] Amato c. La Reine, [1982] 2 R.C.S. 418 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2456/index.do).

[164] En plus de l'arrêt de principe *Mack* dont il sera abondamment question, le lecteur pourra aussi consulter R. *c.* Showman, [1988] 2 R.C.S. 893 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/389/index.do) et l'arrêt R. *c.* Barnes, [1991] 1 R.C.S. 449 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/732/index.do)

au policier en civil pour clore l'enquête. En théorie, ce type d'infiltration est possible pour tout type d'infraction. Cela dit, la Cour qui sera chargée d'évaluer l'opportunité de cette méthode d'enquête doit examiner la disponibilité d'autres méthodes d'enquête moins intrusives. Si des méthodes traditionnelles étaient disponibles et que les policiers ont néanmoins choisi l'infiltration, le juge pourra exclure la preuve.

La seconde variante consiste à utiliser l'infiltration afin d'obtenir des preuves (principalement sous la forme d'aveu) d'une infraction passée. Ainsi, un policier en civil pourrait être mis en cellule avec des suspects récemment arrêtés afin de recueillir des propos incriminants à l'insu de ces derniers. Dans de rares cas, les policiers pourraient aussi recourir à une opération de type *Mr Big*, opération au cours de laquelle les policiers contactent le suspect afin de le convaincre de se joindre à une organisation criminelle fictive. Se met alors en mouvement une opération de longue haleine visant à gagner la confiance du suspect à l'aide de divers avantages en argent et d'autres natures, découlant directement de son appartenance à l'organisation criminelle. À son paroxysme, cette méthode d'enquête place le suspect devant un choix déchirant, car il doit révéler au patron de l'organisation fictive (le *Mr Big* en question) ses crimes passés (et surtout celui sous enquête) afin de permettre à l'organisation criminelle de prendre les mesures nécessaires pour ne pas attirer l'attention des autorités.

La première comme la seconde hypothèse ne sont pas soumises à des autorisations judiciaires préalables. Le contrôle de la légalité de l'infiltration policière est plutôt effectué *a posteriori*, dans le cadre du procès qui en résulte. Soulignons de plus que toutes les infractions peuvent, en théorie, faire l'objet d'une infiltration policière. En pratique toutefois, le recours à l'infiltration est généralement réservé aux infractions graves ou à celles qui peuvent plus difficilement être découvertes sans ce type d'enquête (par ex., le trafic de stupéfiants).

Toujours en ce qui a trait aux aspects techniques de l'infiltration, il importe de mentionner que la jurisprudence n'exige pas de formation particulière pour le policier infiltré. Ce dernier devra toutefois témoigner des détails de son infiltration et des observations qui en résultent à titre de témoin à charge lors du procès de la personne accusée suite à l'infiltration. S'il s'avère que la conduite de l'agent infiltré est répréhensible, des poursuites civiles peuvent être envisagées à son encontre dans la mesure où ses agissements sont constitutifs d'une faute civile. Des conséquences disciplinaires allant de la simple réprimande ou congédiement sont envisageables.

Ces précisions étant apportées, examinons de plus près le lien entre l'infiltration et la notion de loyauté/équité du procès.

II. LA PROVOCATION POLICIÈRE

Pour comprendre les critères jurisprudentiels qui permettent de départager l'infiltration légale de celle qui ne l'est pas, il faut analyser les conséquences de la provocation policière sur le procès pénal. Plus précisément, il faut distinguer l'hypothèse où l'infiltration mène le suspect à commettre une infraction (le flagrant délit - A) du cas où l'infiltration permet d'obtenir une preuve incriminante d'une infraction préexistante (l'aveu incriminant - B).

A. L'INFILTRATION CRÉANT LES CIRCONSTANCES DU FLAGRANT DELIT

La Cour suprême examine la légalité de l'infiltration par le biais de la doctrine de l'abus de procédure. Rappelons qu'en *common law*, le tribunal possède le pouvoir exceptionnel d'ordonner l'arrêt définitif des procédures s'il juge que leur poursuite porte atteinte au crédit de la justice[165]. Cet arrêt des procédures ne constitue pas un acquittement mais plutôt un refus du juge de se prononcer sur le fond de l'affaire. Autrement dit, la Cour refuse de trancher au fond afin de se dissocier de la conduite policière, mais ne peut prononcer l'acquittement car l'accusé a bel et bien commis l'infraction. Si l'organe de poursuite ne mérite pas d'obtenir une condamnation et que l'accusé ne mérite pas de bénéficier d'un acquittement, la seule solution valable est l'arrêt définitif de la procédure. Au plan pratique, l'arrêt des procédures ne diffère pas d'un acquittement pour l'accusé, en ce sens qu'aucune peine ou mesure coercitive ne peut lui être infligée. Cela dit, l'accusé assume le fardeau de prouver « par prépondérance »[166] l'existence de la provocation policière[167].

Selon la Cour, un tel fardeau ne contrevient pas à la présomption d'innocence car il s'agit d'une question qui ne touche pas à l'innocence ou à la culpabilité de l'accusé mais plutôt à la conduite de l'État[168].

1. Toute infiltration

Soulignons d'emblée que le fait qu'une infraction soit commise alors qu'une infiltration policière était en place ne constitue pas automatiquement la preuve de l'existence d'une provocation policière justifiant l'arrêt des procédures. Pour distinguer le bon grain de l'ivraie, la Cour instaure dès 1988, dans l'arrêt Mack[169], une méthode d'analyse en deux temps.

La première étape consiste à se demander si les policiers « fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité délictuelle, ni se fonder sur une véritable enquête préalable ». Pour répondre à cette question, il faut s'interroger sur le caractère suffisant de l'enquête préalable à l'infiltration ayant mené à la commission de l'infraction. Ainsi, les policiers ne peuvent tester au hasard la vertu des citoyens et doivent plutôt avoir des soupçons raisonnables de croire qu'une infraction est commise par une personne précise ou dans un lieu précis. À cette étape, notons que la notion de soupçon raisonnable est moins exigeante que celle de motifs raisonnables et implique donc la possibilité d'une infraction et non sa probabilité[170]. Cela dit, le soupçon raisonnable doit néanmoins être objectivement vérifiable et ne peut donc se fonder sur des préjugées, des stéréotypes et une simple intuition policière. Notons toutefois que l'expérience et la formation d'un policier peuvent lui permettre d'avoir une

---

[165] R. *c.* Jewitt, [1985] 2 R.C.S. 128 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/75/index.do)

[166] « Le terme "prépondérance de la preuve" peut s'entendre de la supériorité de la preuve que produit une partie par rapport à celle que présente la partie adverse et qui permet, du fait de cette prépondérance, d'emporter la conviction du tribunal. Cette notion est apparentée (mais non synonyme) à celle de la force ou de la valeur probante. », https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_p&page=9tg5CSNBiVeA.html

[167] R. *c.* Mack, [1988] 2 R.C.S. 903 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/391/index.do)

[168] R. *c.* Mack, [1988] 2 R.C.S. 903 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/391/index.do)

[169] R. *c.* Mack, [1988] 2 R.C.S. 903, par. 132 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/391/index.do)

[170] R. *c.* Chehil, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/13264/index.do)

lecture différente d'une situation de fait *a priori* banale pour le citoyen ordinaire[171]. Constituera donc une provocation policière, au sens de cette première étape, le fait pour un policier de placer sur une table dans un lieu public un porte-monnaie qui contient de l'argent et des pièces d'identité afin de vérifier la probité du premier quidam qui apercevra le porte-monnaie en question[172]. Il en sera de même si les policiers en civil offrent des services sexuels à des piétons déambulant dans la rue. À cet égard, il faut toutefois rappeler que les soupçons raisonnables peuvent porter sur un lieu. Par exemple, les policiers peuvent recevoir des plaintes concernant des activités de vente de stupéfiants à une adresse précise. Dans ce contexte, il leur sera donc permis de se rendre à cette adresse et de tenter de conclure une transaction de stupéfiants afin de prendre les habitués de cette adresse en flagrant délit de trafic de stupéfiants.[173] Retenons qu'un coup de sondage purement au hasard ne sera jamais permis car, pour reprendre les mots de la Cour : « il est déjà suffisamment difficile de résister à la tentation et de se comporter d'une manière conforme aux idéaux de moralité ; il y a peu à gagner à ajouter à ces fardeaux déjà existants ».[174]

La seconde étape de la démarche analytique proposée dans l'affaire *Mack* demande une étude plus poussée de l'infiltration policière car la Cour y scrute non pas les raisons ayant mené à l'infiltration mais plutôt le déroulement de cette dernière. Comme le veut l'adage, la fin ne justifie pas les moyens, et il est donc possible que les policiers dépassent ce qui est permis afin de forcer le suspect à se compromettre. La question qui se pose est alors la suivante : les policiers ont-ils simplement offert une occasion de commettre une infraction (ce qui est légal si la première étape est respectée) ou ont-ils plutôt provoqué la commission d'une infraction (ce qui est illégal). Pour trancher cette question, la Cour propose, au paragraphe 135 de l'arrêt *Mack*, une liste non exhaustive de facteurs qu'il faudra soupeser de façon qualitative et non quantitative :

1. le genre d'infraction qui fait l'objet de l'investigation et la disponibilité d'autres techniques d'enquête. Les infractions dites sans victime directe telle la prostitution, la vente de stupéfiants ou le travail au noir sont plus susceptibles de permettre l'infiltration policière en raison de l'absence de plainte de la victime. Il en ira autrement des voies de fait, des infractions qui permettent souvent aux policiers de faire avancer l'enquête grâce à des moyens plus traditionnels d'enquête comme les dépositions des témoins oculaires et l'expertise médicale des blessures de la victime ;

2. savoir si l'individu moyen, avec ses points forts et ses faiblesses, dans la situation de l'inculpé, aurait été incité à commettre l'infraction. Il s'agit d'un facteur particulièrement décisif car si la Cour en vient à la conclusion que tout citoyen normalement constitué aurait effectivement commis l'infractions proposée pas le policier infiltré, cela revient à conclure que les prédispositions du suspect n'y sont pour rien ;

3. la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction. Le nombre de refus préalables démontre la faiblesse de la

[171] R. *c.* MacKenzie, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/13265/index.do)

[172] R. *c.* Mack, [1988] 2 R.C.S. 903, par. 117 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/391/index.do)

[173] Quant à la possibilité que l'infiltration policière vise les personnes se trouvant dans un lieu sous enquête et non une personne spécifique voir R. *c.* Barnes, [1991] 1 R.C.S. 449 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/732/index.do)

[174] R. *c.* Mack, [1988] 2 R.C.S. 903, par. 118 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/391/index.do)

prédisposition criminelle du suspect et peut permettre au juge de conclure que c'est la persistance, et non la simple offre, qui a fait basculer les choses ;

4. le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense ;

5. le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà enquêté au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité infractionnelle est en cours. Évidemment, si une telle activité est déjà en cours, il sera plus facile de justifier une opération d'infiltration pour en démasquer les auteurs. On peut penser à cet égard au trafic de stupéfiants ;

6. si la démarche de la police présuppose l'exploitation d'émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié. Cet aspect sera particulièrement bien illustré dans le cadre des opérations d'infiltration de type *Mr Big* dont il sera plus tard question ;

7. si la police paraît avoir exploité la vulnérabilité particulière d'une personne, comme un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière. Nous y reviendrons au moment de traiter des infiltrations de type *Mr Big* ;

8. dans quelle proportion l'infraction résulte respectivement de l'implication de la police et de l'implication de l'inculpé, et quelle proportion peut est observée entre le dommage causé effectivement ou potentiellement par la police, le dommage causé par l'inculpé et la perpétration de tout acte illégal par les policiers eux-mêmes. À nouveau, ce concept sera particulièrement bien illustré dans le cadre des opérations de type *Mr Big* ;

9. l'existence de menaces, tacites ou expresses, proférées envers l'inculpé par la police ou ses agents. C'était clairement le cas dans l'affaire *Mack* et ce fut donc un facteur important dans la décision de la Cour ;

10. si la conduite de la police cherche à saper d'autres valeurs constitutionnelles. Ce pourrait être, par exemple, le droit de garder le silence, comme il sera plus tard expliqué à l'aide de l'affaire *Hebert*.

À l'évidence, le test en deux étapes proposé par l'arrêt Mack s'avère, à juste titre, exigeant pour l'accusé qui supporte la charge de la preuve.

2. L'infiltration numérique

L'infiltration numérique change la donne en permettant aux policiers de s'infiltrer à moindre coût dans l'univers virtuel du suspect. En effet, l'infiltration virtuelle s'avère plus simple que l'infiltration physique en ce sens qu'il suffit pour le policier de créer une fausse identité numérique afin d'entrer en contact avec le suspect sans éveiller ses soupçons. Cet engouement policier pour l'infiltration numérique se trouve toutefois confronté à une multitude de décisions récentes de la Cour suprême qui souligne le caractère hautement privé de la vie numérique d'une personne en raison de la multitude d'informations hautement sensibles qui s'y trouvent. C'est donc sans surprise que la Cour suprême a tout récemment dû statuer sur la légalité des infiltrations numériques destinées à prendre en flagrant délit des prédateurs sexuels. Le contexte de l'affaire est relativement simple : un policier a créé de toutes pièces une identité numérique le décrivant comme une adolescente de quatorze ans, incluant notamment une page Facebook. Dans le mois qui a suivi la création de ce profil, le suspect a

contacté le profil fictif et a entamé une conversation qui a été ponctuée par l'envoi d'images obscènes du suspect et qui a culminé par une rencontre dans un parc. C'est à ce moment que le suspect a été arrêté et inculpé pour l'infraction de « leurre informatique afin de commettre une infraction de nature sexuelle ». Cette infraction est libellée en ces termes :

« 172.1 (1) Commet une infraction quiconque communique par un moyen de télécommunication avec : a) une personne âgée de moins de dix-huit ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée au paragraphe… (suit la plupart des infractions sexuelles) »[175].

En défense, l'accusé ne pouvait invoquer avec succès la provocation policière au sens de l'arrêt *Mack* car, dans son cas, l'infiltration reposait sur des soupçons raisonnables et s'inscrivait dans le cadre d'une enquête policière en bonne et due forme. Au surplus, le policier infiltré n'avait aucunement incité le suspect à commettre l'infraction reprochée optant pour une approche plutôt passive tout au long des conversations. Devant ce constat, la défense évoque une atteinte au droit à la vie privée de l'inculpé en arguant essentiellement que l'infiltration numérique n'est spécifiquement permise par aucune disposition législative et n'a pas, en l'espèce, été autorisée au préalable par un juge au moyen d'un mandat. Dans ce constat, la défense demande donc le rejet de la preuve obtenue conformément au paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne* au motif qu'elle provient d'une fouille abusive en violation de l'article 8 de cette même loi constitutionnelle.

La Cour réfute cet argument en concluant que l'accusé ne peut invoquer son droit à la vie privée pour empêcher un participant à une conversation numérique d'en rapporter le contenu. Plus spécifiquement, la Cour souligne que le suspect ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'une adolescente de 14 ans, qu'il ne connaissait pas, ne divulgue le contenu de leurs échanges. En effet, une personne raisonnable aurait compris qu'en entamant une conversation avec cette enfant inconnue, elle ne pouvait compter sur une quelconque « expectative de vie privée » à l'égard du contenu des échanges. Dans ce contexte, il importe donc peu qu'il s'agisse véritablement d'une enfant de 14 ans ou d'un policier en situation d'infiltration. Dans la mesure où l'opération d'infiltration ne porte pas atteinte au droit à la vie privée du suspect, la Cour conclut donc qu'une autorisation judiciaire préalable n'est pas nécessaire pour ce type d'infiltration. La Cour conclut en soulignant à la fois l'efficacité de l'infiltration numérique et le fait que cette efficacité nouvelle ne change pas, fondamentalement, le traitement juridique de l'infiltration.

Les opérations policières d'infiltration réalisées à la faveur de l'anonymat d'Internet permettent à la police d'empêcher de façon proactive les prédateurs sexuels de s'en prendre à des enfants. Les policiers recourent aux opérations d'infiltration depuis des décennies pour enquêter sur des infractions et les prévenir. Le fait que les conversations avec des agents d'infiltration se fassent aujourd'hui sous forme écrite sur Internet ne contrevient pas, en soi, à l'article 8 de la Charte, relatif au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives[176].

[175] En droit criminel canadien, l'âge minimal pour consentir valablement à un contact de nature sexuelle est fixé à 16 ans par l'article 150.1(1) du Code criminel.

[176] R. *c.* Mills, 2019 SCC 22, par. 60 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/17683/index.do)

S'il est facile de concevoir l'infiltration dans un contexte où les policiers souhaitent prendre le suspect en flagrant délit, ce n'est toutefois pas la seule possibilité qu'offre cette technique d'enquête. En effet, l'infiltration tentera parfois d'obtenir une preuve, souvent sous la forme d'une déclaration incriminante de la part du suspect, relativement à une infraction passée qui est toujours sous enquête. Le droit canadien a également jugé bon d'encadrer cette pratique afin de contrecarrer toute velléité d'abus.

B. L'INFILTRATION TENDANT A L'OBTENTION D'UN AVEU INCRIMINANT

Tel que mentionné précédemment, l'infiltration se conçoit assez bien pour prendre le suspect en flagrant délit mais peut aussi servir pour obtenir, à son insu, un aveu incriminant. Rappelons à cet égard que la déclaration incriminante de l'accusé constitue, et de loin, la preuve maîtresse en droit criminel canadien et que de nombreuses règles entourent donc son admissibilité. L'une de ces règles, d'origine prétorienne, exige que la déclaration incriminante faite à une personne qui détient l'autorité, soit libre et éclairée. Dans la mesure où la position d'autorité s'évalue du point de vue subjectif du suspect, les policiers ont rapidement conclu qu'il était possible de contourner la règle de la déclaration libre et éclairée si le suspect se confiait à un agent infiltré dont il ignorait le statut réel.

La Cour suprême fut confrontée à cette réalité en 1990 dans l'affaire *Hebert*[177]. Dans cette affaire, le suspect a été arrêté pour vol qualifié et a été informé de son droit constitutionnel de contacter un avocat. Suite à cette communication, les policiers ont débuté leur interrogatoire mais se sont butés au silence de l'accusé. Ils ont donc dû se résoudre à le placer en cellule afin de le faire comparaître, quelques heures plus tard, devant un juge pour que celui-ci statue sur sa remise en liberté. Dans l'intervalle, les policiers ont convenu de simuler l'incarcération, dans la même cellule que celle occupée par le suspect, d'un prétendu criminel qui se trouvait en fait être un agent banalisé. Ce dernier a entamé la discussion avec le suspect et lui a soutiré des aveux particulièrement incriminants. Autrement dit, les policiers ont réussi, par l'infiltration, à faire fi du choix du suspect de ne pas faire de déclaration incriminante à une personne en position d'autorité. La Cour exclut la déclaration incriminante obtenue par l'agent d'infiltration en soulignant l'importance du droit du suspect de garder le silence en ces termes : « Si le suspect choisit de faire une déclaration, il peut le faire. Mais si le suspect choisit de ne pas en faire, l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix. »[178]

La Cour tempère toutefois cette affirmation par deux précisions d'une grande portée.

D'une part, la Cour mentionne que le rôle actif de l'agent infiltré constitue ici le point d'achoppement. Elle signale que la présence passive d'un agent infiltré dans la cellule ne serait donc pas être contraire aux principes constitutionnels applicables. Soulignons par ailleurs que le recours à l'assistance d'un « ami » du suspect qui accepte d'aider les policiers à faire fi du droit au silence d'un détenu, en portant un dispositif audio lors d'une conversation avec le suspect est aussi jugé inacceptable[179].

[177] R. *c.* Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/625/index.do)

[178] R. *c.* Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/625/index.do)

[179] R. *c.* Broyles, [1991] 3 R.C.S. 595 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/818/index.do)

D'autre part, la Cour indique que le droit de garder le silence ne prend naissance qu'au moment de la détention du suspect et que rien n'interdit donc aux policiers d'obtenir des aveux par le biais de l'infiltration avant la détention ou l'arrestation. Cette deuxième nuance explique donc, en grande partie, le recours des policiers canadiens à la forme suprême d'infiltration : l'opération de type *Mr Big*.

Sommairement, une opération *Mr Big* se résume, selon les termes de la Cour suprême, de la façon ci-dessous.

L'opération s'amorce par le piège que tendent au suspect des agents banalisés en l'amenant à se joindre à une organisation criminelle fictive. Pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, le suspect se lie d'amitié avec les agents. On lui fait valoir que travailler pour l'organisation donne accès à des avantages financiers et permet de créer des liens d'amitié étroits. Il n'y a qu'un seul hic : le chef, familièrement appelé *Mr Big*, décide de l'admission d'un nouveau membre au sein de l'organisation criminelle.

Le candidat est finalement convoqué par Monsieur Big à une sorte d'entretien où ce dernier lui parle du crime sous enquête policière et l'interroge à ce sujet. Monsieur Big écarte toute dénégation de culpabilité et exhorte le suspect à passer aux aveux. Au fil des questions posées par son interlocuteur, il devient évident au suspect que, s'il avoue le crime, il remporte le gros lot, soit une place au sein de l'organisation. Dès lors qu'il y a aveu, l'opération prend rapidement fin, puis le suspect est arrêté et inculpé[180].

D'entrée de jeu, on note que ce type d'opération d'infiltration exploite plusieurs éléments jugés problématiques en matière de provocation policière par l'arrêt *Mack*. En effet, l'exploitation d'une relation d'amitié, la dépendance financière du suspect (qui reçoit des avantages monétaires considérables dans le cadre des activités du groupe criminel fictif) et la perpétration de tout acte illégal par les policiers se retrouvent souvent au cœur des opérations de type *Mr Big*. Par exemple, dans l'arrêt de principe sur la question, les policiers avaient eu recours à 63 interactions avec le suspect qui se sont étalées sur une période de 4 mois et qui ont permis au suspect d'empocher plus de 15 000$ (environ 10 000 euros) en guise de rémunération pour les diverses activités illicites commises au profit du groupe criminalisé fictif.

Devant la fréquence de ces opérations[181], leur ampleur titanesque et surtout les risques importants de dérives, la Cour statue que la preuve qui en résulte sera présumée inadmissible à moins que l'accusation ne renverse cette présomption au terme d'un test à deux volets.

Selon le premier volet du test, le juge doit d'abord évaluer la valeur probante de la déclaration incriminante obtenue dans le cadre d'une opération *Mr Big* et ensuite comparer cette valeur probante à l'effet préjudiciable qui résulte de son admission en preuve. En effet, il est possible que le suspect fasse une fausse déclaration incriminante simplement pour conserver les privilèges associés à son statut au sein de l'organisation criminelle fictive. L'accusation devra donc tenter de corroborer les aveux du suspect par des preuves complémentaires qui démontrent la fiabilité de l'aveu. Si tel est le cas, il faudra analyser l'effet préjudiciable qui découle des circonstances de l'aveu. En effet, la production par devant les jurés des détails de l'opération *Mr*

[180] R. c. Hart, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 1-2 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14301/index.do)

[181] La preuve soumise dans l'arrêt Hart révèle plus de 350 utilisations de cette méthode d'infiltration par les policiers canadiens entre 1990 et 2008 : R. c. Hart, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 112 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14301/index.do)

Big fera nécessairement mal paraître le suspect en montrant sa propension à contrevenir à la loi. Bien que sans valeur probante en ce qui concerne l'infraction reprochée, la preuve de cette mauvaise moralité pourrait amener le jury à conclure à tort que l'accusé a commis l'infraction reprochée. A la lumière de ces observations, le juge doit donc s'assurer que la valeur probante de l'aveu surpasse son effet préjudiciable et que l'admission de l'aveu est plus susceptible d'aider le jury à rendre la bonne décision que de l'embrouiller inutilement.

Si elle passe ce premier volet du test, l'accusation doit alors passer également le second. À ce sujet, la Cour rappelle que la fiabilité de l'aveu ne saurait prévaloir sur la conduite répréhensible des policiers. « Je ne laisse cependant pas entendre que le comportement répréhensible des policiers sera toléré si un aveu dont on peut démontrer qu'il est digne de foi est finalement obtenu. Pareil résultat serait inacceptable, car notre Cour reconnaît depuis longtemps l'existence de "bornes inhérentes" au pouvoir de l'État de "manipuler les gens et les événements dans le but d'[. . .] obtenir des déclarations de culpabilité" »[182].

Sans vouloir dresser une liste exhaustive de comportements policiers qu'elle juge répréhensibles, la Cour souligne que l'exercice de la contrainte, que ce soit par le biais de menaces ou de violences réelles, constituera une limite à ne pas franchir. À cet égard, on peut certes tracer un parallèle avec l'arrêt *Mack* et la distinction qu'il opère entre *offrir une occasion* de commettre un crime (ce qui est légal) et *provoquer* ledit crime (ce qui ne l'est pas). Bref, l'opération d'infiltration de type *Mr Big* peut certes offrir au suspect l'occasion de faire des aveux incriminants mais sans toutefois le forcer à faire des aveux qui pourraient s'avérer faux ou qui seraient obtenus par la menace ou la violence.

Conclusion

Que doit-on retenir de ce tour d'horizon ? Nous croyons que l'état actuel du droit canadien en matière d'infiltration policière se résume aux quelques éléments qui suivent.

Le législateur (québécois ou canadien) n'a pas jugé nécessaire de légiférer en matière d'infiltration policière. Les règles applicables sont donc d'origine prétorienne.

L'infiltration peut viser l'obtention d'une preuve incriminante pour une infraction passée ou tenter de prendre le suspect en flagrant délit pour une infraction commise dans le cadre de l'infiltration. Dans les deux cas, l'infiltration doit s'inscrire dans une enquête mais n'a pas à être autorisée au préalable par un juge.

L'infiltration peut offrir l'opportunité au suspect de s'incriminer ou de commettre une infraction mais sans toutefois le contraindre à s'incriminer ou encore provoquer la commission d'infraction.

La contrainte ou la provocation vont souvent se traduire par l'usage de menaces, de violences, ou par l'instauration d'un climat d'abus de la part des policiers (abus des sentiments, abus par le nombre de tentatives, abus des récompenses promises, etc.).

Les infiltrations de type *Mr Big* sont présumées abusives et il appartient à la poursuite de renverser cette présomption si elle souhaite se servir des aveux ainsi obtenus de la part du suspect.

[182] R. c. HART, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 112 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14301/index.do)

L’infiltration abusive peut mener à l’exclusion de la preuve obtenue (ex : aveu du suspect) ou à l’arrêt des procédures relatives à l’infraction commise en flagrant délit suite à la provocation.

L’accusé aura généralement le fardeau de démontrer que la preuve doit être exclue ou que l’arrêt des procédures doit être prononcé.

L’infiltration numérique ne fait pas l’objet de règles particulières. Cela dit, l’importance de « l’expectative de vie privée » en matière numérique fait en sorte que les policiers doivent être prudents en ce domaine.

Ces règles sont évidemment appelées à évoluer. À preuve, la décision *Mills,* soit la décision phare en matière d’infiltration numérique a été rendue le 18 avril 2019 ! Dans cette affaire, la Cour suprême laisse déjà entrevoir certaines limites à l’infiltration numérique lorsqu’elle souligne, avec insistance, que le suspect ne pouvait invoquer une expectative raisonnable de vie privée car son interlocutrice n’était qu’un avatar créé de toutes pièces par un policier. Dans ce contexte, on peut certes se demander si le raisonnement de la Cour serait similaire dans l’hypothèse où le policier prendrait plutôt l’identité d’une jeune voisine du suspect, suite à une plainte de cette dernière…

Les principes de loyauté de la preuve et du droit à un procès équitable. Infiltration et provocation policières

EN ROUMANIE

PROPOS LIMINAIRE. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA PROCEDURE PENALE, L'ENQUETE ET LE SYSTEME PROBATOIRE

En Roumanie, le nouveau Code de procédure pénale, soit la loi n° 135/2010, est entré en vigueur le 1er février 2014. S'il a repris en partie les dispositions de l'ancien code de 1968, il a eu surtout pour objectif de répondre aux exigences d'une justice moderne ainsi qu'aux exigences de l'acquis communautaire, la Roumanie étant un des pays membres de l'Union européenne depuis le 1er janvier 2007.

Les nouvelles dispositions intègrent les solutions récentes des jurisprudences roumaine et européenne. Les principes du droit à un procès équitable et celui de la loyauté des preuves sont affirmés expressément.

Plus précisément, sont expressément régis **les principes fondamentaux du procès pénal** tels **le droit à un procès équitable** dans un délai raisonnable, le droit à la liberté et à la sécurité, le droit à la défense, la garantie du respect de la dignité et de la vie privée. La restriction de l'exercice du droit au respect de la vie privée, de l'inviolabilité du domicile et du secret de la correspondance n'est admise « qu'aux conditions de la loi et seulement dans la mesure où cela est nécessaire dans une société démocratique » (art. 8 à 11). L'emploi abusif de la technique de l'infiltration policière risque de porter atteinte notamment au principe du droit à un procès équitable et au principe du droit au respect de la vie privée[183].

Nous devons citer également le principe de l'oralité, le principe du caractère direct/immédiat de l'administration de la preuve et le principe du contradictoire qui figurent expressément dans la partie spéciale du code (art. 351, « Partie spéciale, Titre III. L'étape du jugement de l'affaire », à la suite du « Titre I. L'étape des poursuites » et du « Titre II. La chambre préliminaire »). Ils sont eux aussi questionnés, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'il s'agit de juger du caractère régulier ou abusif de l'infiltration, à savoir de l'existence ou non d'une provocation policière.

Est également consacré le principe de la séparation des fonctions judiciaires dans le procès pénal (art. 3). Ainsi :

- les poursuites sont exercées par le procureur et par l'organe d'enquête pénale (la police judiciaire) qui collectent les preuves ;

- les actes de disposition portant sur les droits et les libertés fondamentales, durant la phase des poursuites pénales, relèvent du juge des droits et des libertés ;

- le contrôle de la légalité du renvoi ou de l'absence de renvoi devant la juridiction de jugement revient au juge de la chambre préliminaire ;

- l'audience et le jugement relèvent du juge du fond.

[183] M. Udroiu (coord.), *Codul de procedura penala. Comentariu pe articole* (Le code de procédure pénale commenté), éd. C. H. Beck, Bucarest, 2009, commentaire sous art. 148, § 1°.

L'enquête pénale est menée par le procureur dans les affaires graves ou complexes énumérées par la loi et par la police judiciaire sous le contrôle du procureur dans les autres affaires (art. 55 et 56).

Le procureur ordonne la mise en mouvement de l'action pénale par l'acte d'inculpation (*ordonanță*), lorsqu'il ressort des preuves existantes la supposition raisonnable qu'une personne a commis une infraction (art. 14 et 15). L'acte est communiqué à l'inculpé qui a la possibilité de présenter sa défense.

Le suspect se voit reconnaître en principe les mêmes droits que l'inculpé et notamment (art. 78, 82 et 83) : le droit d'être informé quant à ses droits, quant aux faits qui lui sont reprochés et à leur qualification juridique, le droit de refuser de déposer, le droit de consulter le dossier de l'affaire, d'être assisté par un avocat, de proposer l'administration de preuves nouvelles, de formuler des demandes.

Le nouveau Code affirme pour la première fois le principe de l'opportunité des poursuites (qui marque la fin du caractère obligatoire des poursuites de l'ancienne réglementation). Le procureur est compétent pour décider de l'issue des poursuites, sous le contrôle de la chambre préliminaire. Le caractère non public et non contradictoire de la poursuite est expressément énoncé.

Quant au système probatoire, les moyens de preuve ne sont plus énumérés limitativement comme par le passé, mais consistent dans tout élément de fait utile à la constatation de l'existence ou de l'inexistence d'une infraction (art. 97).

La charge de la preuve pèse, durant la phase des poursuites, principalement sur le ministère public mais aussi sur la police judiciaire. Les organes de poursuite pénale sont tenus d'instruire à charge et à décharge (art. 5 et 100). L'administration des preuves se fait ensuite par devant le juge du fond qui peut décider de l'administration de preuves nouvelles. Le suspect comme l'inculpé peuvent formuler une demande d'administration de (nouvelles) preuves, que les organes de poursuite pénale et les organes judiciaires pourront admettre ou rejeter, mais toujours de façon motivée (art. 100).

Sont également expressément régis les principes relatifs aux preuves tels la présomption d'innocence, le bénéfice du doute raisonnable et le principe de loyauté de la preuve.

Le suspect et l'inculpé bénéficient de la présomption d'innocence et ne sont donc pas tenus de prouver leur innocence. Ils ont le droit de ne pas contribuer à leur accusation ou autrement dit ne pas s'auto-incriminer (art. 99 et 100) et le droit de garder le silence, qui est un aspect du droit à la défense (art. 10).

La persistance d'un doute bénéficie au suspect ou à l'inculpé (art. 4). La condamnation ne peut être prononcée que lorsque le juge acquiert la conviction que l'accusation a été prouvée au-delà de tout doute raisonnable (art. 103)[184].

Le principe de loyauté de la preuve est affirmé *in terminis* à l'article 101 du nouveau Code : « Les preuves obtenues de façon illégale ne peuvent être utilisées dans le procès. » (art. 102).

[184] A. Boroi, G. Negruț, *Drept procesual penal* (Droit processuel pénal), éd. Hamangiu, 2017, chapitre VI, section 1, §5.

Les preuves sont soumises à la libre appréciation du juge et n'ont pas de valeur légale prédéterminée. La décision judiciaire qui statue sur l'existence de l'infraction et la culpabilité de l'« inculpé » doit être motivée et se fonder sur l'ensemble des preuves administrées. La décision de condamnation ne peut être fondée de façon prépondérante sur les déclarations de l'investigateur, de ses collaborateurs ou des témoins protégés (art. 103).

I. L'INFILTRATION

Le nouveau Code régit expressément un certain nombre de « méthodes spéciales de surveillance ou de poursuite », parmi lesquelles :

- l'utilisation des « investigateurs sous couverture », à savoir l'utilisation de personnes utilisant une fausse identité, dans le but d'obtenir des preuves ;

- la surveillance technique ;

- la participation autorisée à certaines activités,

- la livraison surveillée,

- l'obtention des données de trafic et de localisation auprès des fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques ou des fournisseurs de services de communications électroniques destinées au public (art. 138, al. 1, g° à j°).

A. LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'INFILTRATION

Le recours à des agents infiltrés est régi en détail à l'article 148 du nouveau Code (10 alinéas).

1. Autorisation et contrôle de l'infiltration

C'est le procureur chargé de l'enquête, d'office ou à la demande de la police judiciaire, qui autorise l'opération par une ordonnance. Celle-ci fait mention des motifs de la mesure, des activités autorisées et de leur but, de leur durée et de l'identité fictive attribuée à l'agent infiltré. Dans son activité de collecte d'informations, l'agent infiltré est tenu par les termes de cette ordonnance. Il en rend compte au procureur, par écrit (procès-verbaux). En cas de survenance de circonstances nouvelles, l'agent qui a dépassé les limites de l'autorisation en raison de l'urgence, doit solliciter aussitôt l'autorisation du procureur[185].

Ainsi, dans l'affaire *Constantin et Stoian contre la Roumanie*[186], la Cour européenne des droits de l'homme a critiqué le fait que l'ordonnance du procureur ne comportait pas les mentions suffisantes pour caractériser les éléments objectifs qui devaient être recueillis dans le but de prouver l'activité infractionnelle des suspects.

[185] M. Udroiu, *op. cit.,* commentaire sous l'art. 148, § 20.

[186] CEDH, *Constantin et Stoian c. Roumanie*, 29.09.2009, req. n[os] 23.782/06 si 46.629/06h ttps://jurisprudentacedo.com/Constantin-si-Stoian-contra-Romaniei.html, https://jurisprudentacedo.com/Constantin-si-Stoian-contra-Romaniei.html

La jurisprudence roumaine fait état de différentes missions autorisées : accomplissements d'actes juridiques, activités économiques, démarches auprès d'institutions publiques[187].

Le respect des dispositions légales est placé sous le contrôle du juge de la chambre préliminaire. Ce dernier exerce son contrôle à partir du renvoi de l'affaire devant la juridiction compétente au fond et peut annuler l'ordonnance d'autorisation de la mesure, ce qui entraîne l'exclusion du procès des preuves ainsi obtenues[188].

Nous pouvons mentionner ici qu'une autre méthode spéciale d'enquête, la surveillance technique, est soumise à l'autorisation préalable du juge des droits et des libertés, alors que l'infiltration est autorisée par le procureur. Le législateur aurait fondé cette différence de traitement sur la différence d'impact de ces deux techniques sur les droits et libertés fondamentales de la personne sous enquête. L'infiltration aurait donc été jugée comme moins intrusive que la surveillance technique. Ce qui est contesté, à la fois par la doctrine et par certains avocats qui proposent que les deux méthodes soient soumises à un même régime d'autorisation par le juge des droits et libertés[189].

2. Durée et conditions de l'infiltration

La durée de l'autorisation de la mesure est de 60 jours renouvelable, sans que la durée totale ne puisse dépasser un an. Le prolongement de la durée de l'autorisation exige des « motifs dûment justifiés ». Le fait que les informations nécessaires pour prouver l'infraction n'ont pas encore été obtenues constitue un tel motif.

La durée maximale d'un an ne concerne pas les infractions les plus graves (n^{os} 1° à 8°). De plus, lorsque les poursuites sont élargies à une autre infraction et qu'une disjonction de l'affaire est décidée, devient possible, dans le nouveau dossier, une nouvelle autorisation, pour une nouvelle période légale (pour le même agent infiltré, à l'égard du même suspect)[190].

Plusieurs conditions doivent être réunies cumulativement. Préalablement, la poursuite pénale *in rem* doit avoir déjà débuté.

Ensuite, **premièrement**, il existe une « suspicion raisonnable » de la préparation ou de la commission d'une des infractions suivantes : 1° infractions contre la sécurité nationale ; 2° infractions contre les intérêts de l'Union européenne ; 3° infractions contre la vie ; 4° infractions de trafic de drogues ; 5° infractions relatives au non-respect du régime des armes, des munitions, des matériaux nucléaires et des matériaux explosifs ; 6° infractions de trafic et d'exploitation de personnes vulnérables ; 7° actes de terrorisme ou assimilés ; 8° infractions de blanchiment d'argent ; 9° la falsification de pièces de monnaie ou de billets de banque, de timbres ou d'autres valeurs ; 10° infractions commises à travers les systèmes informatiques ou par des moyens de communication électronique ; 11° chantage ; 12° privation illégale de

[187] M. Udroiu, *op. cit*., commentaire sous l'art. 148, § 20.

[188] Cf. *Infra*, Conséquences sur le procès.

[189] Gh. Mateut, *Tratat de procedura penala. Partea generala* (Traité de procédure pénale. Partie générale), vol. II, éd. C. H. Beck, Bucarest, 2012, p. 209 ; M. Suian, « *Unele aspecte privind folosirea investigatorilor sub acoperire si a colaboratorilor »* (Certains aspects concernant le recours à des agents sous couverture et à des colllaborateurs), *in Penalmente relevant*, n° 2/2016, http://www.revista.penalmente.ro/wp-content/uploads/2016/12/@Mihai-SUIAN-Unele-aspecte-privind-folosirea-investigatorilor-sub-acoperire-si-a-colaboratorilor.pdf

[190] M. Udroiu, *op. cit.*, commentaire sous art. 148, § 15.

liberté ; 13° évasion fiscale ; 14° infractions de corruption et assimilées ; 15° infractions punies d'une peine d'emprisonnement de minimum 7 ans ; 16° infractions en rapport avec les infractions précédemment énumérées.

Par rapport à la liste des infractions pouvant justifier la mesure de surveillance technique, la liste des infractions justifiant le recours aux agents infiltrés est à la fois :

- plus restreinte, car elle ne comporte pas les infractions contre le patrimoine (punies d'une peine d'emprisonnement inférieure à 7 ans) ni les infractions punies d'une peine d'emprisonnement de 5 ans seulement ;

- plus large, car elle comporte toutes les infractions en rapport avec les infractions énumérées. Ainsi, l'infiltration pourra être autorisée pour une infraction de faux en écriture connexe à une infraction d'évasion fiscale ou pour une infraction d'association de malfaiteurs, même punie d'une peine inférieure à 7 ans d'emprisonnement, dès lors qu'une des infractions de la liste légale fait partie du but de l'organisation.

L'autorisation de l'agent infiltré peut porter aussi sur une surveillance technique et/ou sur une participation autorisée à certaines activités. Les dispositions qui régissent ces autres techniques spéciales d'enquête sont alors applicables.

Deuxièmement, la restriction des libertés et des droits fondamentaux, inhérente à la mise en œuvre de l'infiltration, doit être nécessaire et proportionnelle aux particularités de la cause, à la gravité de l'infraction, à l'importance des informations ou des preuves à obtenir.

Enfin **troisièmement**, les preuves, la localisation ou l'identification de l'auteur des faits ne pourraient être obtenues autrement ou leur obtention par d'autres moyens mettrait en danger l'enquête ou la sûreté de personnes ou de biens de valeur. En raison de son caractère intrusif, cette technique d'enquête a un caractère subsidiaire, y compris par rapport aux autres techniques spéciales d'enquête. Si une surveillance technique peut permettre l'obtention des preuves, l'infiltration ne sera pas autorisée. Ce caractère subsidiaire se justifie bien entendu également par rapport à son coût humain et matériel.

Un exemple d'application de ces conditions par un acte d'autorisation d'un agent infiltré, en réponse à une commission rogatoire internationale, est détaillé ci-dessous (C, *in fine*).

3. Statut de l'agent infiltré

Les agents infiltrés sont en principe des agents de la police judiciaire (art. 148, al. 4). A titre d'exemple, ils peuvent être membres de la Direction générale anticorruption du Ministère des Affaires intérieures[191]. A titre d'exception, lorsque les poursuites ont pour objet des infractions de terrorisme ou contre la sécurité nationale, le Code (même al., 2e phrase) autorise l'emploi d'agents de la Direction générale de protection interne ou du Service roumain de renseignements (*Serviciul român de informații, SRI*). Une telle autorisation exceptionnelle avait été prévue par le nouveau Code également pour la surveillance technique. La Cour constitutionnelle roumaine l'ayant déclarée inconstitutionnelle, la disposition a été supprimée

[191] Ordre du ministre des Affaires intérieures n° 119/2014, art. 16.

depuis[192]. Désormais, s'il est également chargé d'une mission de surveillance technique, l'agent infiltré qui serait un agent du SRI doit aussi avoir la qualité d'organe de poursuite pénale spéciale.

En pratique, certains membres de la police judiciaire deviennent agents d'infiltration, tout comme certains collaborateurs intègrent la police judiciaire et deviennent agents d'infiltration, pour les uns comme pour les autres, en raison des qualités et aptitudes manifestées et sur la base d'un choix personnel.

Ces professionnels bénéficient d'une surveillance psychologique constante. A ce jour, au sein des organes de poursuite, il est question d'initier l'adoption d'une règle expresse limitant l'emploi d'une personne dans des missions d'infiltration à 10 ans maximum.

4. Force probante des éléments de preuve fournis par l'agent infiltré ou par le collaborateur

Le témoignage de l'agent infiltré, comme celui des collaborateurs et des témoins protégés, ne peut fonder « de façon déterminante » un jugement de condamnation (art. 103, al. 3). Par ailleurs, comme nous le verrons plus loin (*infra* II, D, 1), tout moyen de preuve fournis par un agent infiltré ou par un collaborateur, en l'absence de l'autorisation exigée par la loi (ou en dépassement des limites de l'autorisation) doit être écarté du procès.

Ainsi, sachant que la déclaration d'un témoin peut fonder à elle seule un jugement de condamnation, et qu'aucune autorisation préalable n'est nécessaire à son intervention dans le procès, l'organe de poursuite peut être tenté de faire passer un collaborateur pour un témoin.

C'est ce qui conduit la doctrine et certains avocats[193] à considérer que le cadre légal du recours aux agents sous couverture et aux collaborateurs n'est qu'à ses débuts dans le système roumain. A ce titre, le juge devrait vérifier la qualité de témoin à l'aune d'indices indiquant d'éventuelles relations avec la police. Également, sont proposés *de lege ferenda* :

- concernant les agents infiltrés, l'autorisation préalable de l'infiltration par le juge des droits et des libertés ;
- concernant les collaborateurs, la conclusion d'un accord préalable de collaboration, faisant état des motivations du collaborateur ;
- concernant les informateurs, un cadre législatif permettant la constitution d'un réseau d'informateurs réguliers rémunérés.

B. Le rapport avec les autres techniques spéciales d'enquête

La participation autorisée à certaines activités est en règle générale ordonnée en même temps qu'une infiltration.

Elle peut être autorisée par le procureur chargé de l'enquête lorsque sont réunies les trois mêmes conditions que ci-dessus, à savoir l'existence d'une « suspicion raisonnable » de la

[192] Art. 142, al. 1er, NCPCiv ; déc. Cour constitutionnelle roumaine n° 51/2016, § 34 : « seuls les organes de poursuite pénale peuvent réaliser la surveillance technique ».

[193] M. Suian, *op. cit.*, p. 19-20 et 34.

préparation ou de la commission d'une des infractions visées par la loi, le caractère proportionnel et subsidiaire de la mesure. La liste des infractions dont la preuve est recherchée par l'autorisation de la mesure est presqu'identique (les infractions visées au 1° et au 3° en sont exclues). Les activités autorisées consistent dans des agissements (transactions, prestations de services) qui seraient, en l'absence de l'autorisation, constitutifs de certains types d'infractions pénales limitativement énumérés par la loi, à savoir corruption, trafic de drogues, trafic de personnes, privation de liberté. Par exemple, dans une affaire de trafic de drogues, l'agent infiltré sera autorisé, par l'acte d'autorisation de l'opération, à se présenter comme un acheteur potentiel et à offrir la somme d'argent nécessaire à l'achat projeté. En revanche, l'achet effectif de drogues devra être autorisé en tant que « participation autorisée à certaines activités »[194].

De plus, l'exigence de proportionnalité fait que seuls certains types d'agissements seront autorisés. A titre d'exemple, sera autorisé l'achat et non pas la vente de drogue, une poudre inactive sera utilisée dans une prétendue vente de drogue ou une drogue moins dangereuse sera substituée à celle déjà présente sur le marché. En aucun cas ne seront autorisés des agissements contre la vie ou contre l'intégrité corporelle.

La surveillance technique (art. 139 à 146, soit pas moins de 47 articles) est souvent un des moyens à la disposition de l'agent infiltré afin qu'il recueille les preuves. Elle peut-être aussi un moyen de protection de l'agent infiltré qui sera alors lui-même sous surveillance[195].

La mesure peut être décidée pour une durée de 30 jours maximum, à la demande du procureur chargé de l'enquête, par le juge des droits et des libertés auprès de la juridiction qui serait compétente pour juger au fond les infractions. Le procureur peut l'autoriser lui-même, pour 48 heures, en cas d'urgence. La mesure doit alors être confirmée *a posteriori* par le juge des droits et des libertés, à défaut de quoi les preuves ainsi obtenues seront détruites. La mesure peut viser la surveillance d'un appareil téléphonique, d'un point d'accès à un système informatique, d'un compte de toute voie de communication. Elle peut consister en la surveillance d'espaces privés par des moyens vidéo, audio et/ou par photographies. L'ordonnance d'autorisation de la mesure autorise l'entrée dans ces espaces pour l'activation/la désactivation des dispositifs de surveillance. Les infractions concernées sont pour l'essentiel celles visées ci-dessus. Toutefois, d'une part, la mesure ne peut être prononcée pour les infractions visées aux 3° et 16°, et d'autre part, elle est étendue aux infractions punissables d'une peine d'emprisonnement de 5 ans minimum. A la demande motivée de la victime, l'interception et l'enregistrement des communications peut être autorisée pour tout type d'infraction, quel que soit le moyen de communication.

C. LA COOPÉRATION JUDICIAIRE INTERNATIONALE

En 2007, l'année de son adhésion à l'Union européenne, la Roumanie a également adhéré à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de

[194] M. Suian, *op. cit* et la jurisprudence citée.

[195] M. Udroiu, *op. cit.,* commentaire sous l'art. 148, § 21.

l'Union européenne[196]. La Convention a été transposée dans la loi roumaine n° 302/2004 (par une loi modificative n° 224/2006).

La Roumanie est par ailleurs signataire d'un certain nombre de conventions internationales, notamment avec les pays frontaliers, qui définissent les procédures à suivre pour l'emploi des techniques spéciales d'investigation transfrontalière et notamment « l'investigation sous couverture » et la « livraison surveillée ». Nous pouvons citer à titre d'exemple, l'accord bilatéral entre les gouvernements roumain et hongrois et la convention multilatérale « de coopération policière pour l'Europe du Sud-Ouest » (Albanie, Bosnie-Herzégovine, République de Macédoine, Roumanie, Serbie-et-Monténégro) [197].

Bien entendu, à défaut d'accord, la coopération judiciaire peut prendre place également en vertu du principe de la courtoisie internationale et sur la base de la réciprocité, principes rappelés expressément par la loi (art. 5 et 6, loi n° 302/2004).

La commission rogatoire constitue le moyen technique à la disposition des organes de poursuite pénale et des juridictions (art. 59 et 200, NCPP).

Dans une affaire récente qui nous a été présentée par la Direction d'investigation des Infractions de Criminalité Organisée et de Terrorisme (DIICOT, structure spécialisée du Parquet près de la Haute Cour de Cassation et de Justice)[198], celle-ci avait répondu à la demande du Parquet national des Pays-Bas tendant à « l'autorisation, sur le territoire roumain, d'un agent infiltré néerlandais et/ou d'un agent infiltré roumain pour des activités de recueil d'informations, de participation à des réunion et d'offre de services, sous couverture, pour un transport illégal de migrants (trafic de migrants) ». Dans cette affaire, le suspect acheminait des migrants, depuis les Pays-Bas en Angleterre, dans des camions de marchandises, pour la somme de 5 000 euros par personne. L'enquête déjà menée par les autorités néerlandaises avait établi l'appartenance du suspect à une organisation internationale de trafic de migrants ayant des contacts en Angleterre, en France, en Allemagne, en Pologne et en Suède. Pour les besoins d'un transport devant emprunter une nouvelle route passant par la Roumanie et l'Autriche, le suspect cherchait une personne de contact en Roumanie. Ce qui fût fait, l'agent infiltré néerlandais ayant pu indiquer au suspect un agent roumain, introduit dans l'affaire sous couverture, en vertu de la commission rogatoire. L'acte du procureur roumain de la DIICOT comporte :

- un « constat », soit le résumé de l'affaire et des informations disponibles à la date de la demande de commission rogatoire ;

- les « motifs de la mesure », soit la réunion des trois conditions légales de l'infiltration. Comme indiqué ci-dessus : 1° l'existence d'une suspicion raisonnable de commission de l'infraction de trafic de migrants, en groupe organisé ; 2° le caractère proportionnel de la mesure par rapport à la restriction des droits et libertés fondamentales, vu les particularités de

[196] Décision du Conseil du 8 novembre 2007 relative à l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie à la convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, n° 2007/763/CE.

[197] A. Boroi, « Cooperare judiciara internationala în domeniul tehnicilor spaciale de investigare », in *Politica legislativa între reglementare europeana, nationala si internationala. Noi perspective ale dreptului*, Conférence, Bucarest, 24-25 mai 2013, éd. Hamangiu 2013, p. 214 et 215.

[198] Une « ordonnance » n° 166/II/5/2017 du 17.03.2017 du Procureur en chef, Service de coopération, représentation et assistance judiciaire internationale, DIICOT.

la cause et l'importance des informations pouvant être obtenues ; 3°l'impossibilité d'obtenir ces informations autrement et sans mettre en danger la sécurité des personnes, vu le caractère fermé de l'organisation infractionnelle et les précautions prises par celle-ci dans ses activités.

- le « dispositif », soit l'autorisation de l'agent roumain, officier de police judiciaire, pour une durée de 30 jours, sur le seul territoire roumain, et son obligation de rendre compte, immédiatement, en totalité et par écrit (procès-verbal). L'acte décrit l'identité fictive et les activités autorisées : recueillir des informations relatives aux infractions projetées par les suspects ; identifier les auteurs, les complices et les autres personnes impliquées ; conclure des contrats, porter des discussions quant aux infractions projetées et au mode opérationnel ; recevoir documents et argent de la part des suspects ; s'impliquer dans les actions du groupe infractionnel, tout en respectant la prohibition légale de la provocation et le « cadre judiciaire de l'investigation » ; transporter des personnes depuis et vers les destinations indiquées par les auteurs ; faire des enregistrements audio et vidéo des activités et des conversations en rapport avec la cause ; utiliser les documents de couverture attestant de son identité fictive.

II. LA PROVOCATION POLICIERE

A. LA PROHIBITION DE LA PROVOCATION

L'ancien code de procédure pénale de 1968 (art. 68) interdisait « l'emploi de violences, menaces ou autres moyens de contrainte, ainsi que des promesses ou des incitations, dans le but d'obtenir des preuves » ainsi que le fait de « déterminer une personne à commettre ou à continuer à commettre un fait pénal dans le but d'obtenir des preuves », sous peine d'exclusion des preuves ainsi obtenues.

L'article 101 du nouveau Code reprend ces dispositions sous l'intitulé liminaire « Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve » :

« (1) Est prohibé l'emploi de violences, de menaces ou d'autres moyens de contrainte, ainsi que l'emploi de promesses ou d'incitations dans le but d'obtenir des preuves.

(2) Ne peuvent être employées des méthodes ou des techniques d'écoute qui affectent la capacité de la personne à se rappeler et à relater de manière consciente et volontaire les faits qui constituent l'objet de la preuve. L'interdiction s'applique même si la personne sous écoute donne son consentement à l'utilisation d'une telle méthode ou technique d'écoute.

(3) Il est interdit aux organes judiciaires pénaux ou à toute personne qui agit pour ceux-ci, de provoquer une personne à commettre ou à continuer à commettre un fait pénal, dans le but d'obtenir une preuve. »

Une jurisprudence roumaine très fournie fait l'application de ces dispositions, à la lumière de la jurisprudence de la CEDH, et permet de dégager les contours de la provocation policière à la commission d'une infraction.

B. LES CONDITIONS DE L'ABSENCE DE PROVOCATION

La jurisprudence roumaine en matière de provocation policière reprend régulièrement les principes affirmés par la CEDH, qu'elle désigne comme le « standard européen ». Ainsi, l'absence de la provocation policière à commettre une infraction se définit à travers les éléments suivants : l'infiltration doit avoir été autorisée aux conditions de la loi ; elle est décidée en raison d'une suspicion raisonnable relative au fait qu'une personne participe à la commission d'une infraction ou prépare la commission d'une infraction ; les policiers ou leurs collaborateurs se sont limités à offrir au suspect une occasion de commettre une infraction, occasion commune, sans aucun caractère spécial.

1. Autorisation de l'infiltration

L'activité de l'agent infiltré doit avoir été dûment autorisée. Cette autorisation porte sur l'opération d'infiltration elle-même et sur chaque type d'acte auquel l'agent infiltré est autorisé. L'existence de la provocation policière a été par exemple retenue dans une affaire où les enregistrements des conversations portées par l'agent infiltré avec l'inculpée, produits dans le procès, n'avaient pas été autorisées[199].

Plus encore, selon la jurisprudence de la CEDH, l'autorisation de l'infiltration devrait faire état, autant que possible, de la réunion des conditions ci-dessous. Dans une affaire contre la Roumanie, la CEDH retient à l'appui de la thèse de la provocation policière, le fait que l'autorisation de l'infiltration ne comportait ni détails ni référence à des preuves objectives relatives au prétendu comportement infractionnel (au passé infractionnel) des personnes visées par l'enquête proactive[200].

2. Existence d'un passé infractionnel et d'une résolution antérieure à commettre l'infraction

L'inexistence d'une provocation à la commission de l'infraction est appuyée par le constat que l'auteur des faits commis dans un contexte d'infiltration policière avait déjà commis des faits similaires par le passé : il a été condamné ou des preuves, souvent des témoignages, attestent qu'il était connu pour de tels agissements. L'inexistence de la provocation est prouvée par des preuves au dossier des poursuites, qui attestent que la résolution de l'auteur à commettre les faits illégaux était antérieure à l'intervention de l'agent infiltré.

« L'emploi d'un investigateur sous couverture dans le but de surprendre l'auteur en flagrant délit de trafic de drogues, ne constitue pas une violation des dispositions de l'art. 68, al. 2 du C. p. pén. La personne, consommatrice de drogues, a commis de façon répétée des actes spécifiques du trafic illicite de drogues. Ce n'est pas l'agent sous couverture qui l'a déterminée

[199] ICCJ, n° 4826, 18.09.2007, citée par S. Căpriță, *Loialitatea, principiu cârmuitor al procedurii penale contemporane* (La loyauté, principe qui gouverne la procédure pénale contemporaine), https://www.juridice.ro/429556/loialitatea-un-principiu-carmuitor-al-procedurii-penale-contemporane.html

[200] CEDH, *Constantin et Stoian c. Roumanie*, déc. du 29.09.2009, req. nos 23.782/06 et 46.629/06, § 55, en roumain : https://jurisprudentacedo.com/Constantin-si-Stoian-contra-Romaniei.html

à commettre ou à continuer de commettre de tels actes, sa résolution à agir ainsi était antérieure à l'intervention de l'agent. »[201]

Suite à une condamnation en première instance pour corruption passive, la juridiction d'appel[202] confirme la condamnation en retenant l'absence de la provocation policière alléguée par l'appelant. La cour se livre à une analyse attentive des affaires *Teixeira de Castro c. Portugal*, *Vanyan c. Russie* et *Ramanuskas c. Lituanie*[203], dont elle retient une circonstance commune : avant l'intervention de l'agent infiltré, le suspect n'avait commis aucune infraction et il n'existait pas d'indices qu'il s'apprêtait à commettre une infraction. Il en allait tout autrement dans l'affaire qui lui était soumise. En effet, la décision de première instance s'appuyait sur l'existence de plusieurs indices et éléments de preuve (notamment un témoignage) qui, avant l'intervention du collaborateur de la police, indiquaient clairement que l'inculpé était connu pour recevoir de l'argent afin de faciliter l'immatriculation de véhicules au nom de personnes handicapées, pour contourner frauduleusement l'application des taxes anti-pollution sur les véhicules anciens (les personnes handicapées étant exonérées du paiement de cette taxe). L'intervention du collaborateur avait permis d'organiser le flagrant délit (remise de coupures marquées) et de prouver l'infraction et n'avait donc pas provoqué la commission de l'infraction elle-même.

Dans une affaire de drogues[204], les suspects avaient organisé l'arrivée dans le port de Constantza, depuis le Pérou, de containers remplis de stères de bois au sein desquels se logeaient 1 000 kg de cocaïne. Ils ont ensuite cherché un intermédiaire pouvant leur garantir la sortie du port, à l'abri des contrôles douaniers, des containers déjà présents dans les entrepôts portuaires et même de containers à venir, pour lesquelles les documents d'importation étaient déjà prêts. La juridiction d'appel applique les critères de l'affaire *Ramanauskas c. Lituanie* (§ 63) et rejette l'allégation de provocation car : le collaborateur de la police et l'agent infiltré étaient intervenus sur ordre et sous le contrôle d'un magistrat ; leur intervention se situait après le début de l'activité infractionnelle (au moment de la sortie du port, une fois l'importation faite) ; l'auteur avait déjà été condamné par le passé pour trafic de drogues.

3. Attitude passive de l'agent infiltré

Dans une récente affaire de corruption passive[205] concernant des personnes autorisées à effectuer le contrôle technique d'automobiles, des agents infiltrés tentaient de prouver que ces personnes monnayaient leurs services pour permettre un contrôle technique sans le respect de la liste d'attente, voire la délivrance du certificat de conformité malgré des défauts de sécurité persistants. L'acte d'autorisation énumérait, dans la liste des activités autorisées, « promettre, offrir de l'argent et autre bénéfices, directement ou par l'intermédiaire de

[201] ICCJ, sec. pén, n° 5169/2003, www.legalis.ro

[202] ICCJ, sec. pén., n° 2832/2014, *ibidem.*

[203] CEDH, *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, n° 25829/94, *Vanyan c. Russie*, 15 décembre 2000, n° 53203/99 *Ramanauskas c. Lituanie*, 5 février 2008, n° 74420/01.

[204] ICCJ, sec. pén., n° 1585/2014, *ibidem.*

[205] CA Constanța, n° 87/P, 22.06.2017, http://portal.just.ro/36/Lists/Jurisprudenta/DispForm.aspx?ID=1130

personnes qui leur seraient indiquées, pour la certification, légale ou illégale, de la conformité technique des véhicules présentés ou pour l'accélération ou l'atermoiement de l'accomplissement des actes relevant de leurs fonctions ». Sur la base des enregistrements audio et vidéo produits, la cour d'appel retient que les agents infiltrés avaient initié toutes les rencontres avec l'inculpé, que l'inculpé n'a sollicité ni n'a accepté la promesse d'argent, mais a uniquement laissé déposer les sommes. L'agent avait réitéré à la fois sa demande d'« être aidé » à bénéficier d'un contrôle technique rapide sans respect du délai d'attente, et son geste de déposer de l'argent liquide, d'abord dans le véhicule et ensuite sur le bureau de l'inculpé. La cour qualifie ces circonstances d'« invitation directe à commettre une infraction de corruption », en lien de causalité directe et immédiate avec la réception des sommes d'argent et retient l'existence de la provocation policière. « *In dubio pro reo »,* elle refuse de condamner sur la base des indices issus de l'infiltration. Elle condamne néanmoins l'inculpé en raison de deux dénonciations effectuées à son égard, par des personnes ayant agi sans rapport avec les enquêteurs sous couverture, à des dates ultérieures (1 mois plus tard) aux constats effectués par ces derniers.

Dans une affaire de corruption active, il a été retenu que les officiers de la police judiciaire n'ont pas utilisé des moyens de contrainte et n'ont pas eu recours à des promissions pour obtenir des preuves à charge. Leur activité a été jugée comme relevant de la conduite normale, règlementaire qu'ils devaient adopter. « Ils ont d'abord refusé la proposition de recevoir de l'argent. Celui qui a insisté pour leur remettre l'argent a été l'inculpé M.B. C'est également ce dernier qui a provoqué la rencontre avec les officiers de police et a choisi la variante de la remise de la somme d'argent, avec l'aide de l'inculpé B.S. »[206]

Dans une affaire de drogues[207], le collaborateur, ami de l'inculpé, se rend chez l'inculpé qui est alité, « presqu'inconscient », sous l'effet d'un traitement de désintoxication. Le collaborateur lui propose d'acheter pour eux deux, en avançant lui-même l'argent, deux doses d'héroïne et de les consommer ensemble, afin de se sentir mieux, ce à quoi l'inculpé acquiesce. La preuve de cet acquiescement, seule preuve à charge, a été déclarée nulle et les agissements du collaborateur, constitutifs de provocation.

C. LA CHARGE ET L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

En citant la doctrine française, un auteur roumain affirme : « Conformément aux règles générales de probation en matière pénale, la charge de la preuve incombe aux poursuivants. Ainsi, lorsque l'accusé invoque, de façon plausible, l'existence d'une provocation policière à la base de la commission de l'infraction, le ministère public a la charge de prouver que la procédure s'est déroulée de manière légale, sans provocation de la part des agents de l'État. »[208]

Une décision de la Cour européenne des droits de l'homme, *Ali c. la Roumanie* (2010)[209], traite de l'administration de la preuve de la provocation. Dans cette espèce, la personne

[206] ICCJ, sect. pén. n° 357/2003

[207] CA Bucarest, n° 67/2009, http://portal.just.ro/2/Lists/Jurisprudenta/DispForm.aspx?ID=512

[208] S. Caprita, op. cit., § 3.

[209] CEDH, *Ali c. Roumanie*, 9 nov. 2010, req. n° 20307/02,

condamnée pour trafic de drogues s'est vu refuser par les juridictions nationales de jugement, la demande d'audition des deux investigateurs sous couverture et des deux témoins présents lors de son arrestation. Ces juridictions avaient fondé leurs condamnations successives sur les seules preuves obtenues durant la phase des poursuites. La CEDH a conclu (§ 105) que « les juridictions nationales n'avaient pas suffisamment enquêté sur les accusations de "piège tendu" au demandeur » et avaient en cela violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

Dans le même sens, dans l'affaire *Constantin et Stoian c. la Roumanie* (2009)[210] la Cour européenne a rappelé l'obligation des juridictions nationales à effectuer un examen attentif du dossier des poursuites lorsqu'est invoquée la provocation (§ 54). Dans cette affaire de trafic de drogues, la juridiction de première instance avait décidé l'acquittement en retenant que les preuves émanant des inculpés, des agents sous couverture et des témoins établissaient l'existence de la provocation. En revanche, la cour d'appel avait rendu une décision de condamnation en se fondant sur les seules dépositions obtenues durant la phase des poursuites par le procureur, en écartant les dépositions contraires des intéressés devant la juridiction de première instance et sans procéder elle-même à l'audition des intéressés (§ 58 et 59).

Nous ne disposons pas de décision des instances roumaines portant sur ce point précis, mais la ligne directrice tracée par la Cour européenne sous-tend les décisions désormais rendues en la matière ainsi que la présentation de la matière par la doctrine roumaine[211].

D. LES CONSÉQUENCES

1. Sur le procès

Le nouveau Code (art. 102) dispose que « les preuves obtenues de façon illégale ne peuvent pas être utilisées dans le procès pénal ».

La Cour constitutionnelle roumaine a décidé que les moyens de preuve obtenus en raison du dépassement du mandat d'infiltrer doivent être éliminés (physiquement) du dossier de l'affaire[212]. Il en est de même pour les preuves « dérivées », à savoir les preuves qui, bien que légalement administrées, découlent des preuves obtenues de façon illégale et ne pouvaient être obtenues autrement. Cette solution est inspirée par les systèmes de *Commun law*.

En cas de dépassement des limites du mandat d'infiltrer, la preuve qui consiste dans la déposition de l'agent infiltré lui-même sera entièrement écartée.

http://juri.ro/static/files/2016/mai_2016/03/CASE_OF_ALI_v._ROMANIA_-_Romanian_Translation_by_the_SCM_Romania_and_IER.pdf

[210] CEDH, *Constantin et Stoian c. la Roumanie*, déc. du 29.09.2009, req. n^{os} 23.782/06 et 46.629/06, en roumain : https://jurisprudentacedo.com/Constantin-si-Stoian-contra-Romaniei.html, § 54.

[211]

[212] Cour constitutionnelle roumaine, déc. n° 22 du 18 janv. 2018, MO n° 177 du 26 fév. 2018.

2. Sur l'agent infiltré

En cas de provocation, les agissements de l'agent infiltré peuvent être eux-mêmes qualifiés d'actes d'instigation ou de complicité à la commission d'une infraction et punissables pénalement en tant que tels[213]. La responsabilité civile de l'agent peut également être engagée[214].

L'agent infiltré est exonéré de responsabilité pénale pour les actes pour lesquels il a été autorisé, tant qu'il ne dépasse pas les limites de son autorisation[215]. Il bénéficie également des causes de droit commun d'exonération de responsabilité pénale, par exemple lorsqu'il commet une infraction pour se sauver lui-même d'un péril immédiat lorsque sa couverture est compromise[216].

[213] S. Caprita, *op. cit.*, § 4.

[214] M. Suian, *op. cit.*, p. 14.

[215] Supra, Rapport avec les autres techniques spéciales d'enquête.

[216] M. Udroiu, *op. cit.*, commentaire sous l'art. 151, §7.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE (DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE)

Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (2000/C 197/01)

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000F0712(02)&from=fr

Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0041&from=EN

Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=FR

C.E.D.H., 23 octobre 2018, *Guerini c. Belgique*, req. n° 19291/07.

C.E.D.H., 23 mai 2017, *Van Wesenbeeck c. Belgique*, req. n^{os} 67496/10 et 52936/12

CEDH, 2 décembre 2014, *Taraneks c. Lettonie*, req. n° 3082/06

CEDH, *Ali c. Roumanie*, 9 novembre 2010, req. n° 20307/02

CEDH, *Ramanauskas c. Lituanie*, 5 février 2008, req. n° 74420/01

C.E.D.H., 27 octobre 2004, *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 39647/98 et 40461/98.

CEDH, *Vanyan c. Russie*, 15 décembre 2000, req. n° 53203/99

C.E.D.H. 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni*, req. n° 27052/92

CEDH, *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, req. n° 25829/94

TABLE DES MATIÈRES

LES PRINCIPES DE LOYAUTE DE LA PREUVE ET D'EQUITE DU PROCES. INFILTRATION ET PROVOCATION POLICIERES EN ANGLETERRE, EN BELGIQUE, EN ESPAGNE, AU QUÉBEC ET EN ROUMANIE 1

SYNTHÈSE 2

A. Les principes de loyauté de la preuve et d'équité du procès 2
B. L'infiltration policière et la provocation à la commission de l'infraction à prouver 4
1. L'infiltration policière 4
2. La provocation policière 5

LES PRINCIPES DE LOYAUTE DE LA PREUVE ET D'EQUITE DU PROCES. INFILTRATION ET PROVOCATION POLICIERES EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES 7

PROPOS LIMINAIRE. L'ENQUETE ET LA PERTINENCE DES PREUVES 8
I. L'INFILTRATION 10
A. Les techniques d'enquÊte 10
1. Perquisitions 10
2. Surveillance policière (mesures d'infiltration comprises) 11
3. Interception des communications 12
B. La technique de l'infiltration 12
1. Autorisation 12
2. Statut des agents d'infiltration 13
C. La coopération internationale 14
1. Étendue de la compétence territoriale des juridictions anglaises 14
2. Comparaison des régimes nationaux au vu de la pratique 14
II. LA PROVOCATION POLICIERE 15
A. Le principe de l'abus de procédure 16
1. Propension à commettre l'infraction 17
2. Remèdes procéduraux 17
a. La « déclaration judiciaire » 17
b. L'exclusion des preuves inéquitables 18
c. L'exclusion des aveux obtenus par contrainte 18
d. La réduction de peine 19
B. Le principe de la « divulgation » des éléments de preuve 19
C. L'exception d'intérêt public 21

LES PRINCIPES DE LOYAUTE DE LA PREUVE ET DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE. INFILTRATION ET PROVOCATION POLICIERES EN BELGIQUE 23

PROPOS LIMINAIRE. L'ENQUETE ET LA LOYAUTÉ DE LA PREUVE 24
I. L'INFILTRATION 25
A. L'infiltration classique 26
1. Définition 26
2. Conditions d'exercice 26
a. Infractions pour les lesquelles l'infiltration peut être autorisée 26
b. Autorisation de la mesure 28
c. Principe de subsidiarité 29
d. Actes autorisés 29
3. Formation des agents 31
4. Contrôle par les magistrats 31

a. Le procureur du Roi ... 31
b. La chambre des mises en accusation ... 32
1) Contrôle intervenant à tout moment de la procédure ... 32
2) Contrôle en cas de décision de renvoi devant la juridiction de jugement ... 32
c. Le juge du fond ... 34
d. Le procureur général et le procureur fédéral ... 35
B. L'infiltration numérique ... 35
1. Définition ... 35
2. Conditions d'exercice ... 36
a. Infractions pour les lesquelles l'infiltration peut être autorisée ... 36
b. Autorisation de la mesure ... 36
c. Principe de subsidiarité ... 36
3. Formation des agents ... 36
4. Contrôle de la mesure ... 37
C. L'infiltration civile ... 38
1. Définition ... 38
2. Conditions d'exercice ... 39
a. Infractions pour les lesquelles l'infiltration peut être autorisée ... 39
b. Principe de subsidiarité ... 39
c. Autorisation de la mesure ... 39
d. Actes autorisés ... 40
3. Formation des agents ... 40
4. Contrôle de la mesure ... 41
D. La coopération internationale ... 41
II. LA PROVOCATION ... 42
A. La définition ... 42
B. Les conditions ... 42
C. La charge de la preuve ... 43
D. Les conséquences ... 43
1. Pour le procès pénal ... 43
2. Pour l'agent infiltré ... 44

LES PRINCIPES DE LOYAUTE DE LA PREUVE ET DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE. INFILTRATION ET PROVOCATION POLICIERES EN ESPAGNE ... 45

PROPOS LIMINAIRE. L'ENQUETE ET LA RECHERCHE DE PREUVES ... 46
I. L'INFILTRATION ... 49
A. La définition ... 49
1. Jurisprudence ... 49
2. Législation ... 49
B. Le régime ... 50
1. Types d'infractions ... 50
2. Autorisation ... 51
3. Mission et statut de l'agent infiltré ... 52
5. Responsabilité pénale et civile de l'agent infiltré ... 52
6. Respect des droits fondamentaux ... 53
II. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ ET LA PROHIBITION DE LA PROVOCATION ... 55
A. Le principe de légalité ... 55
B. La prohibition de la provocation ... 56
1. Définition de la provocation ... 56
2. Conséquences ... 57
Annexe. Code de procédure pénale espagnol. Extraits ... 58

LES PRINCIPES DE LOYAUTE DE LA PREUVE ET DE L'EQUITE DU PROCES. INFILTRATION ET PROVOCATION POLICIERES AU QUÉBEC 61

PROPOS LIMINAIRE. L'ENQUETE ET LES PRINCIPES D'ÉQUITÉ DU PROCES ET DE DÉFENSE DU « CRÉDIT DE LA JUSTICE » 62
I. L'INFILTRATION 64
A. Les développements récents en matiÈre d'enquÊte numérique 64
B. L'infiltration classique et infiltration numérique, techniques d'enquÊte 66
II. LA PROVOCATION POLICIÈRE 67
A. L'infiltration créant les circonstances du flagrant délit 68
1. Toute infiltration 68
2. L'infiltration numérique 70
B. L'infiltration tendant à l'obtention d'un aveu incriminant 72

LES PRINCIPES DE LOYAUTE DE LA PREUVE ET DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE. INFILTRATION ET PROVOCATION POLICIERES EN ROUMANIE 76

PROPOS LIMINAIRE. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA PROCEDURE PENALE, L'ENQUETE ET LE SYSTEME PROBATOIRE 77
I. L'INFILTRATION 79
A. Le régime juridique de l'infiltration 79
1. Autorisation et contrôle de l'infiltration 79
2. Durée et conditions de l'infiltration 80
3. Statut de l'agent infiltré 81
4. Force probante des éléments de preuve fournis par l'agent infiltré ou par le collaborateur 82
B. Le rapport avec les autres techniques spéciales d'enquête 82
C. La coopération judiciaire internationale 83
II. LA PROVOCATION POLICIERE 85
A. La prohibition de la provocation 85
B. Les conditions de l'absence de provocation 86
1. Autorisation de l'infiltration 86
2. Existence d'un passé infractionnel et d'une résolution antérieure à commettre l'infraction 86
3. Attitude passive de l'agent infiltré 87
C. La charge et l'administration de la preuve 88
D. Les conséquences 89
1. Sur le procès 89
2. Sur l'agent infiltré 90
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE (DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE) 91