

**COUR DE DROIT PÉNAL. - MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON DE ZURICH C. X
(RECOURS EN MATIÈRE PÉNALE), 16 JUIN 2008; [ATF 134 IV 266](#)
([6B 777/2007](#)).**

LOI FÉDÉRALE SUR L'INVESTIGATION SECRÈTE. CHAMP D'APPLICATION DE [LA](#) LOI. NOTION D'INVESTIGATION SECRÈTE. PARTICIPATION D'UN AGENT INFILTRÉ À DES FORUMS DE DISCUSSION SUR INTERNET DANS LE BUT D'ÉLUCIDER DES INFRACTIONS, EN PARTICULIER DES ACTES D'ORDRE SEXUEL AVEC DES ENFANTS, DANS [LA](#) PHASE PRÉCÉDANT L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE PÉNALE. NÉCESSITÉ DE L'AUTORISATION D'UN JUGE POUR [LA](#) DÉSIGNATION DE L'AGENT INFILTRÉ. IRRECEVABILITÉ DES PREUVES OBTENUES DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT PAR UNE INVESTIGATION SECRÈTE MENÉE SANS CETTE AUTORISATION.

Art. 1^{er}, 2, 4, 5, 7, 8, 17, 18 LFIS.

En l'absence d'une réglementation dérogatoire claire dans la LFIS, toute prise de contact avec un suspect aux fins d'éclaircissement d'une infraction par un fonctionnaire de police qui n'est pas reconnaissable comme tel doit être qualifiée d'investigation secrète au sens de la LFIS, indépendamment des moyens mis en œuvre pour tromper le suspect et de l'intensité de l'intervention (c. 3.5-3.7).

La participation d'agents infiltrés à des forums de discussion sur internet est, malgré certaines particularités de ce moyen de communication, une investigation secrète au sens de la LFIS (c. 3.8).

Les conditions permettant d'ordonner une investigation secrète avant l'ouverture d'une procédure pénale sont déjà remplies, s'agissant d'infiltrer un forum de discussion sur Internet dans le but d'éclaircir des infractions futures prévisibles contre l'intégrité sexuelle de mineurs, avant le début d'un dialogue (c. 4.3).

L'autorisation judiciaire nécessaire à la désignation d'un agent infiltré doit avoir été demandée et obtenue avant le début de l'intervention (c. 4.4).

Les informations recueillies au cours d'une investigation secrète ne peuvent servir de preuve ou être exploitées pour d'autres investigations que si le fonctionnaire de police qui les a recueillies a été désigné comme agent infiltré, et sa désignation autorisée par un juge, avant son intervention (c. 5.2).

Impossibilité d'utiliser les informations recueillies en l'espèce, faute de l'autorisation judiciaire nécessaire (c. 5.3).

JDT 2008 IV P. 35, 36TOP

A. Le 17 août 2005, X prit contact, sous le pseudonyme de Jérôme, via Internet dans le forum de discussion Bluewin "kidstalk", avec une personne répondant au pseudonyme de "manuela_13". Sous le même pseudonyme, il avait déjà préalablement le même jour ainsi que le 6 août 2005, chatté¹ avec une

autre personne dont le pseudonyme était "Jenny_13". Dans le cadre de sa communication sur le forum de discussion, X qui avait alors 26 ans, confronta la personne répondant au pseudonyme de "manuela_13" à diverses déclarations, questions et incitations de contenu sexuel. Il lui demanda si elle avait déjà de la poitrine et des poils pubiens. Il lui demanda de se caresser les parties génitales pendant qu'il en faisait de même. Il expliqua qu'il avait déjà eu des relations sexuelles avec une jeune fille de 13 ans. Il demanda de faire une photographie de ses parties génitales et de la lui envoyer, ce que "manuela_13" refusa. Après environ une heure de forum de discussion, il lui proposa de se rendre de son domicile au Tessin à Zurich où ils pourraient se rencontrer et se caresser les parties génitales dans la voiture et tout faire. Ils convinrent d'une rencontre pour le lendemain à 11 heures au point de rendez-vous de la gare principale de Zurich. Environ 30 minutes plus tard, il donna à "manuela_13" sur le forum de discussion son (véritable) numéro de téléphone mobile; de son côté, elle lui transmit son adresse email. X se rendit au rendez-vous convenu mais il n'y rencontra pas une jeune fille de 13 ans mais des fonctionnaires de police qui s'identifièrent immédiatement comme tels. Sous le pseudonyme de "manuela_13", tout comme avant sous le pseudonyme de "Jenny_13", s'étaient camouflés des policiers.

Dans le cadre de l'enquête pénale ouverte contre X pour soupçon de tentative (impossible) d'actes d'ordre sexuel avec un enfant, commise en particulier en se rendant au rendez-vous fixé dans le but d'entretenir des relations sexuelles, une perquisition a entre autres eu lieu au domicile de X; un computer contenant des images JDT 2008 IV P. 35, 37TOP de pornographie infantile a été séquestré. Un acte d'accusation a été dressé contre X pour tentative impossible d'actes d'ordre sexuel avec des enfants ainsi que pour pornographie (au sens de l'[art. 197 ch. 3^{bis} CP](#)). En ce qui concerne les diverses déclarations, questions et incitations à contenu sexuel qui avaient été le thème du forum de discussion du 17 août 2005 avec "manuela_13", il n'y a manifestement eu aucun acte d'accusation dressé.

B. Le Tribunal supérieur du canton de Zurich a acquitté X le 7 septembre 2007 en confirmation du jugement rendu par le Tribunal de district de Zurich le 19 juillet 2006.

C. Le Ministère public du canton de Zurich a déposé un recours en matière pénale concluant à ce que l'arrêt du Tribunal supérieur fût annulé pour violation du droit fédéral et à ce que l'affaire fût renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

D. X a conclu au rejet du recours.

Extrait des motifs:

1. Le recours en matière pénale est en principe recevable car il a été déposé dans le délai (art. 100 al. 1^{er} [LTF](#)), il respecte les conditions de forme ([art. 42 LTF](#)), il a été déposé par le Ministère public légitimé pour le faire (art. 81 al. 1^{er} let. b ch. 3 [LTF](#)) et il est dirigé contre une décision rendue ([art. 90 LTF](#)) en dernière instance cantonale (art. 80 al. 1^{er} [LTF](#)) en matière pénale (art. 78 al. 1^{er} [LTF](#)).

2.

2.1. Selon les motifs des autorités cantonales, les griefs faits à l'intimé relatifs à une tentative impossible d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et à la pornographie (au sens de l'[art. 197 ch. 3^{bis} CP](#)) se fondent sur des éléments qui ne sont pas exploitables en justice, raison pour laquelle il doit être acquitté. A l'appui de leur motivation, elles expliquent que les éléments recueillis l'ont été par le biais de la participation camouflée des policiers à la communication sur le forum de discussion du 17 août 2005, éléments qui, en tout cas à partir d'un certain moment, ont le caractère d'une investigation secrète au sens de la loi fédérale sur les investigations secrètes du 20 juin 2003 (LFIS; RS 312.8). Il manquait toutefois pour cela l'approbation d'un juge. Pour cette raison, les éléments recueillis par l'investigation secrète ne peuvent servir ni à d'autres enquêtes ni être utilisés au détriment de l'intimé. Cette interdiction d'apprécier les preuves entraîne ainsi l'acquittement de l'intimé.

JDT 2008 IV P. 35, 38TOP

Dans le cas particulier, l'autorité cantonale relève que le législateur a certes avant tout pensé à des investigations secrètes dans le cadre de trafics de drogue et dans le cadre de la criminalité organisée, ce qui résulterait entre autres du fait que l'investigation secrète selon l'art. 1^{er} LFIS a pour but d'infiltrer le milieu criminel par des membres de la police qui ne sont pas reconnaissables comme tels. Il ressort toutefois du catalogue des délits de l'art. 4 al. 2 LFIS que des investigations secrètes peuvent aussi entrer en ligne de compte pour combattre d'autres sortes d'infractions, par exemple les actes d'ordre sexuel avec des enfants. L'infiltration d'un milieu devrait par conséquent chaque fois correspondre à l'environnement de l'infraction qui doit être élucidée. On pense notamment au fait d'approcher des personnes cible en vue de créer des liens de confiance qui pourront ensuite être utilisés pour mettre à jour ou faire échouer des infractions graves. Cela doit aussi être possible dans un forum de discussion ou dans un trafic email et, dans un tel cas, l'infiltration du milieu criminel doit être comprise en ce sens que pour accéder à des informations pertinentes par rapport à l'infraction, il faut acquérir la confiance d'une personne cible par un comportement adapté à la situation mais de manière camouflée. Il n'y a toutefois une investigation secrète au sens de la loi fédérale que dans les cas où les précautions de la police pour tromper sur l'identité dépassent le minimum d'un comportement normal en fonction des circonstances. L'utilisation d'un pseudonyme dans un forum de discussion ne suffit pas car il est notoire que les participants à un forum de discussion en utilisent généralement et donnent le plus souvent de fausses indications, plus particulièrement sur leur propre personne ce qui, dans une certaine mesure, appartient au jeu du forum de discussion. Une investigation secrète au sens de la loi fédérale n'existe par conséquent que si la police, pour camoufler ses actes d'enquête, met en œuvre des moyens qui dépassent la tromperie courante utilisée dans les forums de discussion. Toutefois, contrairement à la réglementation cantonale zurichoise qui existait auparavant (§ 106c al. 1^{er} aCPP/ZH), il n'est pas exigé que l'agent sous couverture se présente toujours sous une identité d'emprunt. Mais lorsqu'il intervient dans un forum de discussion en utilisant simplement un pseudonyme et en donnant des indications spéciales sur sa (fausse) personne et la manière (présumée) dont il vit - par exemple en communiquant de véritables, même s'ils sont utilisés de manière camouflée, numéros de téléphones, adresses e-mail ou adresses postales, en échangeant des photos, etc. - il lui

JDT 2008 IV P. 35,

³⁹TOP appartient d'enjoliver tout cela de telle manière que la personne cible soit amenée à oublier le fait que, dans un forum de discussion, les indications fournies n'engagent pas et sont incertaines et qu'elle accorde crédit à l'identité (présumée) de son correspondant. Une investigation secrète au sens de la LFIS suppose en outre une certaine intensité des activités policières. Si la tromperie peu courante pratiquée par la police n'est que minime et que dès lors l'atteinte aux droits de la personne cible et l'abus de sa sphère de confiance ne sont que marginales, les autres mesures de protection de la LFIS n'ont pas déjà à être mises en œuvre. Ce qui est décisif, c'est l'intensité de l'atteinte. Il faut toutefois se rendre compte que les limites sont fluctuantes et que dès lors la délimitation du champ d'application de la LFIS est difficile. Aussitôt que la police soupçonne au cours d'un forum de discussion qu'une infraction qui figure au catalogue a été commise ou simplement qu'elle va l'être et qu'elle accroît son activité secrète pour concrétiser cet élément, c'est-à-dire pour recueillir des preuves en vue d'une procédure pénale, et partant accentue le camouflage des activités policières en cours, elle tombe sous le coup de la LFIS. Un accroissement dans le sens ci-dessus de l'activité policière existe en tous cas déjà lorsque la police prend contact à plusieurs reprises avec la personne cible.

Pour ce qui concerne le cas particulier, l'autorité cantonale relève que le comportement de la police au cours du forum de discussion du 17 août 2005 - tout comme dans les deux autres qui ont eu lieu précédemment - doit être qualifié de simple observation du milieu et non pas comme une investigation secrète au sens de la LFIS. La situation s'est toutefois modifiée lorsque l'intimé, dans le cadre du forum de discussion, a indiqué qu'il avait déjà eu peu de temps auparavant des relations sexuelles avec une jeune fille de 13 ans. Sur la base de cette déclaration, est apparu le soupçon d'une infraction qui figure au catalogue de l'art. 4 al. 2 let. a LFIS, plus particulier celui d'actes d'ordre sexuel avec des enfants ([art. 187 CP](#)). Ce soupçon s'est renforcé au cours de la session de forum de discussion par la manière pressante avec laquelle l'intimé a tenté de forcer sa correspondante (présumée avoir 13 ans) à prendre une photo de ses parties génitales et à ce qu'ils se masturbent simultanément à leurs computers. Sur la base du rendez-vous convenu avec ce qui était présumé être un enfant, est par ailleurs venu à jour le soupçon supplémentaire que la personne cible allait à nouveau exécuter une infraction de même nature et qui figurait au catalogue de la LFIS. La manière habile dont les enquêteurs sont intervenus sur le forum JDT 2008 IV P. 35, 40TOP de discussion - en particulier en donnant des indications sur l'âge, l'apparence extérieure, les prénoms, les vacances, les parents, etc. - a permis à l'intimé de transformer le pseudonyme abstrait au départ de "manuela_13" en la personne plus saisissable (quand bien même elle était fausse) d'une jeune "manuela_13", personne dans laquelle il a placé sa confiance, confiance qui a été utilisée pour recueillir des moyens de preuve contre lui. Preuve en soit le fait que l'intimé, après un forum de discussion d'une durée d'une heure déjà a voulu avoir un rendez-vous avec "Manuela" à Zurich et qu'après une demi-heure supplémentaire, il lui a donné son véritable numéro de portable; sur ces faits, la police lui a donné une adresse email (camouflée) de l'enfant présumé par le biais de laquelle il pourrait et devrait transmettre une communication à l'enfant s'il ne pouvait pas se rendre au rendez-vous.

L'utilisation ciblée de la confiance de l'intimé qui a abouti à l'échange de véritables adresses de contact et à l'accord pour un rendez-vous à Zurich, avait clairement pour but de recueillir des preuves (pour une procédure pénale ultérieure) par rapport aux soupçons de commission et de préparation d'actes d'ordre sexuel avec des enfants, infractions qui figurent dans le catalogue de la LFIS. Compte tenu des circonstances du cas particulier, au cours de la conversation sur le forum de discussion, on avait atteint la mesure nécessaire dans le domaine du camouflage de l'identité et de l'intensité des actes et de l'intervention pour admettre une investigation secrète au sens de la LFIS.

Par ailleurs, l'autorité cantonale relève qu'il n'y a pas eu l'autorisation judiciaire préalable nécessaire pour une investigation secrète avant l'ouverture d'une procédure pénale. Au demeurant, une telle autorisation judiciaire n'a pas été non plus requise rétroactivement (selon l'art. 18 al. 1 et 2 LFIS), ce qui aurait vraisemblablement suffi dans le cas présent puisque, au vu de la déclaration de l'intimé au cours de sa conversation sur le forum de discussion, le soupçon existait qu'il avait par le passé eu des relations sexuelles avec une enfant, ce qui (selon l'art 12 al. 1^{er} LFIS) aurait dû être dénoncé et aurait conduit à l'ouverture d'une procédure pénale. Le défaut de l'approbation judiciaire nécessaire a pour conséquence, selon l'art. 18 al. 5 LFIS qui s'applique également aux investigations secrètes effectuées avant l'ouverture d'une procédure pénale, que les éléments recueillis dans le cadre de l'investigation secrète ne peuvent être utilisés ni pour d'autres enquêtes ni à charge de l'accusé. Il s'ensuit une interdiction d'utiliser les JDT 2008 IV P. 35, 41^{TOP} éléments recueillis aussi bien lors du forum de discussion du 17 août 2005 que dans le cadre des mesures de contrainte qui ont suivi (arrestation, perquisition domiciliaire, séquestre), raison pour laquelle l'acquittement prononcé en première instance doit être confirmé.

2.2. Le recourant allègue que la participation des policiers au forum de discussion du 17 août 2005 ne constitue pas une investigation secrète au sens de la LFIS. En outre, l'opinion de l'autorité cantonale serait contraire au droit fédéral lorsqu'elle prétend que l'art. 18 al. 5 LFIS serait aussi applicable avant l'ouverture d'une enquête pénale et que cela constituerait une interdiction d'exploiter les preuves recueillies avec un effet à distance (Fernwirkung)².

Le recourant fait valoir en particulier qu'une investigation secrète au sens de la LFIS suppose une certaine intensité de l'intervention et de l'engagement. Lors de brefs contacts entre des collaborateurs de la police qui agissent en civil et sans identité d'emprunt et la personne cible, il n'y a pas d'investigation secrète au sens de la LFIS. Un forum de discussion accessible d'une manière générale aux enfants et aux jeunes ne constitue pas un milieu criminel, raison pour laquelle la police ne saurait l'avoir infiltré. Il est certes exact que l'infraction d'actes d'ordre sexuel avec des enfants qui figure au catalogue peut aussi être commise par des individus isolés; pourtant une investigation secrète au sens de la LFIS vise aussi pour ce genre d'infractions des bandes professionnelles et non pas le cas où un pédophile isolé prend contact avec un enfant. Ensuite, il ne saurait être question que la police a déployé beaucoup d'efforts au cours de la session de forum de discussion pour créer une identité camouflée pour "manuela_13". On s'est limité à des mensonges banals qui sont monnaie courante dans un forum de discussion. On ne saurait dès lors parler

d'une tromperie qualifiée sur l'identité. Il ne saurait pas plus être question que durant le forum de discussion qui a duré en tout et pour tout 90 minutes, la police a réussi à établir une relation de confiance avec la personne cible, confiance qu'elle aurait exploitée de manière ciblée et acharnée. C'est au contraire l'intimé qui a voulu rapidement en venir au fait.

JDT 2008 IV P. 35, 42TOP

Il s'ensuit que l'intensité requise dans le domaine de l'engagement et de l'intervention fait aussi défaut. Le recourant fait en outre valoir, qu'il découle de l'art. 1^{er} LFIS - selon lequel l'investigation secrète a pour but d'infiltrer le milieu criminel et de contribuer ainsi à élucider des infractions particulièrement graves - que cette loi ne peut entrer en ligne de compte que si l'intention de recueillir des preuves existe avant l'infiltration du milieu criminel. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Selon l'autorité cantonale, au cours du forum de discussion du 17 août 2005, ce qui était au départ une observation usuelle du milieu par la police dans le cadre de la lutte contre les dangers s'est transformée en une investigation secrète au sens de la LFIS au moment où l'intimé a mentionné qu'il avait eu par le passé des relations sexuelles avec un enfant. Lorsque le soupçon d'une infraction figurant au catalogue s'est fait jour, le contact avec la personne cible avait toutefois déjà été établi. De la même manière qu'un policier en civil qui patrouille dans les rues peut intervenir sans autorisation de la part d'une autorité lorsqu'il surprend un auteur en flagrant délit, la police doit être autorisée, dans le cadre de sa lutte contre les dangers, à surfer sur le net ou à chatter et à intervenir pour éviter qu'Internet ne tombe au rang d'un espace de non-droit. Contrairement à l'opinion de l'autorité cantonale, il n'aurait pas été possible d'obtenir une autorisation judiciaire avant le début du forum de discussion puisqu'à ce moment-là, il n'y avait pas de soupçon concret au sens de l'art. 4 al. 1^{er} let. a LFIS et qu'une autorisation judiciaire n'aurait pas pu être accordée. Par ailleurs la LFIS ne prévoit pas d'autorisation a posteriori pour les investigations secrètes avant l'ouverture d'une enquête pénale.

Par ailleurs, le recourant fait valoir que l'art. 18 al. 5 LFIS relatif à l'interdiction d'utiliser les preuves dans les cas où l'autorisation judiciaire requise n'a pas été accordée ne serait pas applicable, contrairement à l'opinion de l'autorité cantonale, dans les investigations secrètes effectuées avant l'ouverture d'une enquête pénale, ce qui résulterait de la systématique de la loi. Dans cette phase, la procédure d'autorisation ne se baserait pas sur l'art. 18 mais bien sur l'art. 8 LFIS. Cette dernière disposition ne contient toutefois pas une réglementation analogue à celle de l'art. 18 al. 5 LFIS. Contrairement à l'opinion de l'autorité cantonale, une application par analogie ne serait pas admissible. Il faut au contraire partir du fait que le législateur a consciemment renoncé à régler les conséquences d'un défaut d'autorisation judiciaire pour les investigations secrètes effectuées avant l'ouverture d'une enquête pénale. Ce faisant, c'est JDT 2008 IV P. 35, 43TOP aux autorités de jugement qu'il revient de faire la pesée des intérêts privés et publics en jeu pour ce qui a trait à la possibilité d'utiliser en justice les éléments qui ont été déjà recueillis entre-temps. Le recourant allègue enfin que l'interdiction d'utiliser les éléments recueillis telle qu'elle figure à l'art. 18 al. 5 LFIS n'a, contrairement à l'opinion de l'autorité cantonale qui se fonde pour sa motivation sur l'art 9 LSCPT relatif aux découvertes fortuites, aucun effet à distance (Fernwirkung)³.

2.3. L'intimé allègue que c'est à juste titre que l'autorité cantonale a qualifié le comportement des organes de police d'investigation secrète au sens de la LFIS. L'avis du recourant pour qui un forum de discussion n'est en règle générale pas un milieu criminel est erroné. L'infraction d'actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l'[art. 187 CP](#) qui figure au catalogue de l'art. 4 al. 2 LFIS est commise typiquement par des auteurs individuels. Une investigation secrète au sens de la LFIS ne peut dès lors pas être mise en œuvre, contrairement à l'avis du recourant, uniquement lorsqu'elle vise des bandes professionnelles. L'intimé n'a manifestement pas été en mesure de découvrir que c'était en fait des policiers qui se cachaient sous le pseudonyme de "manuela_13". Dès lors et contrairement à l'avis du recourant, on est bel et bien en présence d'une dissimulation d'identité. Cette dernière a d'ailleurs été renforcée par diverses précautions. En l'absence d'une autorisation judiciaire, il n'est pas possible d'utiliser en justice les éléments recueillis au cours de l'investigation secrète.

3.

3.1.

3.1.1. La loi fédérale sur les investigations secrètes (LFIS), ne contient - c'était déjà le cas pour le projet du Conseil fédéral - aucune définition de l'investigation secrète. Dans le Message du Conseil fédéral (FF 1998 p. 3731), il est expliqué que la notion d'investigation secrète est employée de manière différente dans la discussion et que ce fait a donné lieu à des difficultés de compréhension et de délimitation. Il a pourtant été renoncé à en donner une définition car les dispositions légales en définissent le cadre de manière suffisamment précise. Selon les explications contenues dans le Message, l'investigation secrète consiste à nouer des contacts avec des personnes soupçonnées, dans le but de constater et de prouver un acte punissable tout en se confinant dans un rôle essentiellement passif (FF 1998 p. 3731). L'investigation secrète doit, selon le Message, être distinguée de l'observation qui consiste principalement à épier de manière ciblée ce qui se passe dans des endroits publics, accessibles à chacun, le cas échéant au moyen d'enregistrements d'images et de sons (Message 1998 p. 3731). Tant l'observation que l'investigation secrète visent à réunir les preuves d'un acte punissable sans que la personne soupçonnée ne s'en rende compte. Alors que l'observation s'effectue à distance, par le biais d'une surveillance ciblée, l'investigation secrète implique l'infiltration de fonctionnaires de police désignés pour effectuer cette tâche dans un milieu déterminé (Message 1998 p. 3732). Toujours selon les explications fournies dans le Message (FF 1998 p. 3732), il convient de distinguer également l'intervention d'investigateurs en civil. Ceux-ci peuvent également observer des personnes et des événements sans faire préalablement connaître leur fonction. Ils n'ont cependant pas besoin d'une identité d'emprunt et ne sollicitent pas de mesures de protection pour témoigner. Ils sont soumis à une surveillance ordinaire dans le cadre de leur fonction. Le Message semble ainsi distinguer entre autres entre les investigations secrètes d'une part et les enquêteurs en civil d'autre part, ces derniers ne tombant pas dans le champ d'application de la LFIS. Cela ressort également des explications fournies par le Message par rapport à d'autres dispositions. C'est ainsi qu'à l'art. 8 du projet du Conseil fédéral ("utilisation des constatations"), qui correspond mot pour mot à l'art.

12 LFIS, il est notamment expliqué que l'investigation secrète avant l'ouverture d'une enquête pénale se situe qualitativement encore très près de l'intervention d'investigateurs en civil ou de l'observation, engagements durant lesquels les fonctionnaires de police sont tenus, comme cela est explicitement stipulé dans la plupart des législations cantonales, de dénoncer toutes les infractions constatées durant leur service. Pour ce motif des constatations fortuites qui ont été faites dans le cadre d'une investigation secrète avant l'ouverture une enquête pénale peuvent être utilisées sans restriction et non pas seulement dans les cas où une investigation secrète aurait pu être ordonnée pour poursuivre les infractions pénales découvertes fortuitement (p. 3741). Par la suite, le Conseil fédéral a renoncé à la suppression de [l'art. 23 al. 2 LStup](#) qui était encore proposée dans le Projet mis en consultation; selon cette disposition, le fonctionnaire chargé de combattre le trafic illicite de stupéfiants qui, à des fins d'enquête, accepte une offre de stupéfiants n'est pas punissable même s'il ne dévoile pas son identité^{JDT 2008 IV P. 35, 45}^{TOP}et sa fonction. L'avant-projet proposait de biffer cette disposition et ne garantissait l'impunité qu'aux fonctionnaires de police désignés comme agents infiltrés (Message LFIS, entre autres p. 3749). Plusieurs avis s'y sont opposés, arguant que les fonctionnaires de police qui ne sont pas en mission en tant qu'agents infiltrés (par ex. patrouilles civiles) devraient conserver le droit d'accepter les stupéfiants qui leur sont proposés pour les besoins de l'enquête. Ces arguments ont convaincu le Conseil fédéral et la disposition a été maintenue, avec la précision qu'il doit s'agir de fonctionnaires de police chargés de combattre le trafic illicite de stupéfiants (p. 3749).

Il ne ressort toutefois pas du Message quels critères permettent de distinguer les investigateurs secrets et les enquêteurs en civil. L'indication qui figure dans le Message que les enquêteurs en civil n'ont cependant pas besoin d'une identité d'emprunt et ne sollicitent pas de mesures de protection pour témoigner (Message, p. 3732) est exacte en soi mais le sous-entendu qui y est contenu, à savoir que l'investigateur secret a besoin d'une identité d'emprunt et sollicite des mesures de protection pour témoigner est à tout le moins imprécise. Car ces mesures sont facultatives ("peut") aussi bien selon le Projet du Conseil fédéral (art. 3) que selon la loi (art. 6 LFIS) quand bien même manifestement selon le Message "en pratique", les agents infiltrés sont régulièrement engagés au bénéfice d'une promesse de discrétion et d'une identité d'emprunt (p. 3736).

3.1.2. Le Projet du Conseil fédéral a subi des modifications notables lors des délibérations aux Chambres (BO 2001 CN 1812 ss, 1836 ss; BO 2002 CE 534 ss; BO 2002 CN 1259 ss; BO 2002 CE 1073 ss; BO 2003 CN 361 s.; BO 2003 CE 487 s.). Il ressort des délibérations que le Parlement, s'agissant des investigations secrètes, avait également en vue des engagements de relativement de longue durée et délicats en particulier dans le domaine de la lutte contre les stupéfiants et du crime organisé. Il ne ressort pas clairement des délibérations si et, le cas échéant à quelles conditions, dans l'idée du Parlement des engagements courts et relativement simples doivent aussi être compris dans le champ d'application de la loi.

3.2. A la différence du Projet du Conseil fédéral, la LFIS contient toutefois un article qui fixe les buts. Selon l'art. 1^{er} LFIS, l'investigation secrète au sens de la présente loi a pour but d'infiltrer le milieu criminel par des membres de la police qui ne sont pas reconnaissables comme tels (agents infiltrés) et de contribuer ainsi à élucider des infractions particulièrement graves. On ne saurait toutefois déduire de cet article qui fixe les buts qu'une activité d'investigation secrète ne peut être qualifiée comme telle au sens de la LFIS que lorsqu'il s'ensuit une infiltration du milieu criminel. Mais cet article qui fixe les buts ne peut pas non plus être compris dans le sens où une investigation secrète ne tombe sous le champ d'application de la LFIS que lorsqu'il y a une infiltration du milieu criminel. L'infiltration du milieu criminel cité à l'art. 1^{er} LFIS n'est dès lors ni une caractéristique de la notion d'investigation secrète au sens de la LFIS ni un critère pour déterminer le champ d'application de cette loi. Il ne serait de toutes manières pas approprié pour cela parce qu'il est par trop indéfini. Le législateur semble avoir donc simplement voulu indiquer qu'à son idée l'investigation secrète doit aussi typiquement servir à éclaircir les faits dans le domaine de la criminalité organisée et que pour atteindre ce but il faut infiltrer un milieu criminel.

La LFIS est donc aussi applicable s'il n'y a pas de "milieu criminel". Ce faisant, la question peut rester indécise de savoir ce que l'on doit comprendre par "milieu criminel" au sens de l'art. 1^{er} LFIS et si cette notion pourrait aussi être comprise dans un sens plus large, en ce sens que l'on infiltre le milieu d'un criminel. Par ailleurs et afin d'être complet, il convient de mentionner que la future procédure pénale fédérale adoptée par les Chambres fédérales le 5 octobre 2007 et qui à son 8^e chapitre ("Mesures de surveillance secrètes") règle aux art. 286-298 "l'investigation secrète" ne contient aucun article fixant les buts et qui correspondrait à l'art. 1^{er} LFIS.

3.3. Dans son Message relatif à la LFIS, le Conseil fédéral est d'avis que même sans une définition de la notion d'investigation secrète le champ d'application de la LFIS est défini de manière suffisamment précise par les dispositions légales proposées (Message LFIS, op. cit., p. 3731). On peut déduire des diverses dispositions de la LFIS (tout comme d'ailleurs du futur code de procédure pénale) que les investigations secrètes au sens de cette loi et selon la conception du législateur sont en règle générale des engagements de relativement longue durée et risqués pour lesquels diverses dispositions peuvent être prises pour parvenir d'une part à tromper avec succès et de manière durable la personne cible et d'autre part pour protéger l'investigateur secret. Cela résulte entre autres et en particulier de l'art. 6 ("Identité d'emprunt et promesse de discrétion"), de l'art. 8 al. 3 et 18 al. 3 (concernant la durée maximale d'engagement d'un an avec possibilité de prolongation), de l'art. 9 ("Droits et devoirs"), de l'art. 10 al. 3 (relatif aux achats probatoires et à la démonstration de la capacité économique), de l'art. 11 ("Personne de contact"), de l'art. 16 ("Impunité pour les délits en matière de stupéfiants"), de l'art. 17 al. 2 ("relatif aux garanties de protection dans la procédure pénale"), de l'art. 20 ("Montant nécessaire à la conclusion d'un contrat fictif") et de l'art. 23 ("Mesures de protection"). Le futur code de procédure fédérale contient également des dispositions correspondantes (cf. art. 288, 289 al. 5, 291, 292, 293 al. 3, 294, 295).

La réglementation légale est manifestement conçue pour des engagements de longue durée et relativement risqués. Diverses dispositions de la loi ne conviennent absolument pas pour des engagements

de courte durée et relativement simples qui se limitent à peu, voire à un seul contact avec une personne cible déterminée et qui n'exigent pas de précautions particulières pour duper la personne civile et pour protéger l'enquêteur.

Se pose dès lors la question de savoir si et à quelles conditions de tels engagements de courte durée et relativement simples doivent aussi être considérés comme des investigations secrètes au sens de la LFIS.

3.4. La doctrine reconnaît également que le champ d'application de la LFIS n'est pas clair en raison notamment de l'absence d'une définition légale de la notion d'investigation secrète (cf. *Thomas Hansjakob*, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, [RPS 122/2004 pp. 97 ss](#); *Charles Haenni*, Verdeckte Ermittlung, *Kriminalistik* 4/2005 pp. 248 ss; *Franz Bättig*, Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht, *Kriminalistik* 2/2006 pp. 130 ss; *Peter Ruegger/Rolf Nägeli*, Chatrooms: Ein Tummelplatz für pädosexuelle Straftäter, *Kriminalistik* 6/2006 pp. 404 ss; *Wolfgang Wohlers*, Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE), Taugliches Instrument zur effizienten Bekämpfung der Organisierten Kriminalität? *RDS* 2005 I pp. 219 ss; *Patrick Bischoff/Markus Lanter*, Verdeckte polizeiliche Ermittlungshandlungen in Chatrooms, *Jusletter* vom 14. Januar 2008, n. 5 ss). Pour déterminer le champ d'application de la LFIS, diverses solutions sont proposées.

3.5.

3.5.1. La conception d'une partie de la doctrine selon laquelle il ne peut y avoir d'investigation secrète au sens de la LFIS que si l'agent enquêteur a une identité d'emprunt et/ou que son identité^{JDT 2008 IV P. 35, 48TOP} doit aussi être protégée dans une procédure pénale ultérieure a l'avantage de délimiter de manière relativement claire le champ d'application de la LFIS. Elle repose en outre sur la réflexion plausible en soi que la procédure prescrite par la LFIS - en ce qui concerne l'autorisation qui doit être demandée au juge - ne doit être respectée que si les autorités de poursuite pénale veulent faire usage des diverses possibilités que leur offre la LFIS. On peut toutefois opposer à cette manière de voir les choses le fait que l'équipement de l'investigateur secret avec une identité d'emprunt, avec une promesse de discrétion et avec la permission de fabriquer ou de modifier des titres pour constituer ou assurer l'identité d'emprunt - toutes possibilités également prévues par le futur Code de procédure pénale fédéral (cf. [art. 288 CPP/CH](#)) - sont sans le moindre doute des possibilités facultatives ("peut") (cf. art. 6 LFIS) et ne peuvent dès lors en aucun cas constituer des éléments nécessaires à une investigation secrète au sens de la loi. Ce faisant, la LFIS se distingue par exemple de l'ancienne réglementation de la procédure pénale du canton de Zurich selon laquelle les personnes qui effectuaient des investigations secrètes devaient le faire sous une identité d'emprunt qui modifiait leur véritable identité (cf. § 106c aCPP/ZH) ou de celle de la procédure pénale allemande selon laquelle les agents qui font des investigations secrètes sont des fonctionnaires des services de police qui enquêtent sous une identité modifiée qui leur est attribuée pour une durée illimitée (identité d'emprunt) (§ 110a al. 2 CPP/D). Par ailleurs, l'impunité de l'agent infiltré en particulier concerne uniquement d'éventuelles infractions commises en matière de stupéfiants au sens des art. 19 et 20-22

[LStup](#) (cf. art. 16 LFIS) et non pas d'autres délits que l'agent infiltré pourrait commettre dans le cadre de son investigation secrète. A cela s'ajoute que l'art. 4 al. 2 LFIS établit un catalogue de plusieurs infractions qui, tout comme celle d'actes d'ordre sexuel avec des enfants ([art. 187 CP](#)), peuvent typiquement être commises par des auteurs individuels et qui peuvent être découvertes au moyen d'investigations secrètes utilisant des engagements brefs, relativement simples et sans dangers, investigations qui ne requièrent pas de doter l'agent infiltré d'une identité d'emprunt et n'exigent pas une promesse de discrétion ou d'autres mesures destinées à protéger l'agent infiltré.

3.5.2. La durée de l'engagement n'est pas un critère de délimitation approprié: d'une part, il est par trop indéfini et, d'autre part, la rapidité avec laquelle des éléments peuvent être découverts par une JDT 2008 IV P. 35, 49TOP investigation secrète dépend du type d'élément pénal qu'il faut mettre à jour et dans une large mesure aussi du hasard. Il est certes exact que l'autorisation que doit accorder le juge aussi bien avant qu'après l'ouverture d'une enquête pénale est valable pour une année (au maximum), durée qu'il est possible de prolonger (cf. art. 8 al. 3 et 18 al. 3 LFIS). Cela signifie toutefois simplement que des investigations secrètes de longue durée sont aussi admissibles. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'un engagement très bref, par exemple parce qu'il peut conduire rapidement à des découvertes, ne constitue pas une investigation secrète au sens de la LFIS.

3.5.3. Il ne ressort dès lors pas de la LFIS que seuls les engagements de policiers avec une identité d'emprunt et/ou des engagements de longue durée peuvent être considérés comme investigations secrètes au sens de la loi et que de brefs engagements d'enquêteurs sans identité d'emprunt ne tombent pas sous le coup de cette loi.

3.6.

3.6.1. Une investigation secrète consiste, pour des fonctionnaires de police, à nouer des contacts avec des personnes soupçonnées dans le but de constater et de prouver la commission d'un acte punissable, sans que les policiers ne soient reconnaissables comme tels (cf. dans le même sens Message du Conseil fédéral sur la LFIS, op. cit., p. 3731). L'investigation secrète se distingue de l'observation en ce sens que les policiers n'observent pas simplement la personne cible pour mettre à jour des actes punissables mais communiquent par un quelconque moyen avec la personne soupçonnée.

3.6.2. La doctrine semble majoritairement de l'avis que l'on ne doit pas considérer toute investigation secrète dans le sens ci-dessus comme une investigation secrète au sens de la LFIS. Une investigation secrète au sens de la LFIS suppose, selon la doctrine majoritaire, une certaine dose de camouflage et d'intensité de l'action et de l'engagement. Si cette dose n'est pas atteinte, il n'y a, selon cette conception, pas d'investigation secrète au sens de la LFIS et l'admissibilité de l'investigation secrète se détermine selon le droit de procédure cantonal. Le recourant et l'autorité cantonale se retrouvent dans le cas particulier sur le fait qu'il ne peut y avoir d'investigation secrète au sens de la LFIS que si le comportement des policiers atteint un certain degré de camouflage et d'intensité de l'action et de l'engagement. Pour l'autorité

cantonale, dans le cas particulier, ce degré a été atteint à un moment donné de la conversation.^{JDT 2008 IV P. 35, 50}^{TOP}sur le forum de discussion du 17 août 2005, ce que le recourant conteste.

3.6.3. Le critère d'une certaine intensité du camouflage et/ou de l'intensité de l'action ou de l'engagement est toutefois éminemment vague. Or le champ d'application de la LFIS doit pouvoir être délimité au moyen de critères simples et clairs. On ne peut pas se fonder sur des critères indéfinis pour déterminer si une activité d'investigation secrète dans un cas particulier précis tombe sous le coup de la LFIS ou du domaine d'application des procédures pénales cantonales, procédures qui par ailleurs et pour le moment - sauf rares exceptions - ne contiennent pas les dispositions particulières qui seraient nécessaires pour réglementer l'investigation secrète en raison de la tromperie de la personne soupçonnée qu'elle englobe dans chaque cas.

3.6.4. On ne peut pas déduire des dispositions de la LFIS des points de rattachement suffisants pour retenir qu'une investigation secrète ne peut être qualifiée d'investigation secrète au sens de la LFIS que si elle présente une certaine intensité du camouflage et/ou une certaine intensité de l'action et de l'engagement. Savoir quelles précautions sont nécessaires pour tromper avec succès la cible sur l'identité réelle du policier enquêteur dépend essentiellement de l'ensemble des circonstances auxquelles doit être comptée la personne soupçonnée, le type d'infraction qu'il faut mettre à jour et en dernier lieu le moyen de communication avec la personne cible. En accordant l'attention voulue au but de protection des dispositions de la LFIS, ne sont donc pas déterminants les efforts déployés pour tromper mais le fait que la personne cible est généralement trompée parce que le policier qui communique avec elle n'est pas reconnaissable comme tel. En raison déjà de cette tromperie, l'investigation secrète requiert dans tous les cas une réglementation légale particulière et totalement indépendamment de l'intensité que l'investigation secrète présente dans le cas particulier.

3.7. Pour ces motifs et en l'absence d'une réglementation claire et différente dans la LFIS, il faut considérer en cas de doute que tout contact pris avec une personne soupçonnée aux fins d'enquête par un policier qui n'est pas reconnaissable comme tel constitue une investigation secrète au sens de la LFIS et tombe sous le coup de cette loi. Ce faisant, il y a, d'une part, dans chaque cas la réglementation légale particulière exigée pour nouer de tels contacts indépendamment de l'activité de tromperie déployée et, d'autre part, la création de tels contacts n'est possible qu'aux conditions prévues.^{JDT 2008 IV P. 35, 51}^{TOP}par la LFIS et indépendamment de l'intensité de la tromperie ou de l'intervention des policiers. Si le législateur avait voulu limiter le champ d'application de la LFIS - respectivement les dispositions du futur Code de procédure pénale fédérale relatives à l'investigation secrète ([art. 286 ss CPP/CH](#)) - aux investigations secrètes qui présentent une certaine intensité de la tromperie et/ou de l'intervention, il aurait dû le manifester par des dispositions correspondantes desquelles découlerait clairement un champ d'application limité pour ce qui les concerne. Dans un tel cas, il aurait également fallu régler dans la loi - actuellement dans les Codes de procédure cantonaux et à l'avenir dans le Code de procédure pénale fédérale - à quelles conditions et dans quelles circonstances des investigations secrètes seraient possibles lorsqu'elles n'atteignent pas la mesure

voulue en ce qui concerne l'intensité de la tromperie ou de l'intervention; en effet et en raison de la tromperie inhérente à toute investigation secrète qui noue des contacts, les prescriptions générales sur l'activité d'enquête policière ne sont dans cette mesure pas suffisantes.

3.8.

3.8.1. Le forum de discussion sur Internet est un milieu d'un genre particulier. L'utilisation de pseudonymes est usuelle et il arrive manifestement fréquemment que les participants à un forum de discussion donnent de fausses indications sur eux-mêmes, sur leurs idées ou sur leurs intentions. On ne peut toutefois pas en déduire qu'une tromperie n'est absolument pas possible dans une communication dans un forum de discussion parce qu'il faut aussi ici s'attendre à ce que le partenaire du forum de discussion puisse être un policier enquêteur et que la participation d'un policier à un forum de discussion réservé à des enfants ou à des adolescents ne peut pour ce motif absolument pas être une investigation secrète en raison du manque total de fiabilité des indications qui y sont fournies. Les actions policières de ce genre ont manifestement pour but d'élucider si le partenaire (préssumé) adulte qui chatte a la volonté et est prêt à rencontrer dans la vie réelle un (préssumé) enfant pour accomplir avec lui des actes d'ordre sexuel (cf. à cet égard ci-dessous c. 3.9.). Ces actions n'ont dès lors de sens que si l'on part de l'idée que la personne cible se laisse effectivement tromper par les indications fournies dans le forum de discussion et considère dès lors qu'elle a affaire à un enfant. La participation infiltrée du policier à la conversation dans un forum de discussion doit par conséquent être qualifiée d'investigation secrète au sens de la LFIS. C'est valable indépendamment du fait qu'en plus de cela - comme JDT 2008 IV P. 35, 52^{TOP} dans le cas présent - des numéros de téléphone ou des adresse e-mail sont encore échangées au moyen desquels par exemple un déplacement du rendez-vous fixé pourrait être communiqué.

3.8.2. Il en va différemment en revanche lorsque les policiers ne prennent pas part eux-mêmes à la conversation sur le forum de discussion mais se bornent à suivre une conversation tenue par des tiers sur le forum de discussion. Un tel comportement ne constitue pas une investigation secrète au sens de la LFIS. Il est plutôt comparable à des policiers qui patrouillent en civil et, aussitôt que l'observation se concentre de manière ciblée sur certains participants au forum de discussion, il doit en tout cas être qualifié d'observation.

3.9. L'expérience démontre que les forums de discussion spécialement destinés aux enfants et aux adolescents regorgent de personnes aux tendances pédophiles qui confrontent dans les conversations les enfants à des déclarations écrites, des questions ou des incitations à contenu sexuel et qui cherchent selon les circonstances à obtenir un rendez-vous dans la vie réelle pour accomplir des actes d'ordre sexuel avec l'enfant. Les investigations policières dans de tels forums de discussion semblent dès lors particulièrement appropriées pour dépister des pédophiles qui ont peut-être déjà commis des actes pénalement répréhensibles correspondants ou qui pourraient s'en rendre coupables dans le futur. L'activité policière peut se borner à simplement suivre les conversations sur le forum de discussion entre tierces personnes. Il ne s'agit là en aucun cas d'une investigation secrète au sens de la LFIS mais tout au plus d'une

observation. Mais l'activité policière peut aussi aller au-delà dans la mesure où les policiers prennent part à la communication sur le forum de discussion et y donnent l'impression erronée qu'ils ont moins de 16 ans et qu'ils sont dès lors des enfants, filles ou garçons. Le but de cette participation secrète des policiers à des conversations sur un forum de discussion semble consister pour l'essentiel à obtenir un rendez-vous concret dans la vie réelle après une communication écrite à contenus sexuels qui sont généralement amenés unilatéralement et de manière prépondérante par le partenaire sur le forum de discussion. Si le partenaire se rend au rendez-vous convenu, il ne rencontre pas un enfant comme il s'y attendait mais bien des adultes qui s'identifient aussitôt en tant que policiers. Contre le participant à la conversation sur le forum de discussion qui a maintenant été identifié, une enquête pénale pour soupçon de tentative (impossible) d'actes d'ordre sexuel avec des enfants sera JDT 2008 IV P. 35, 53^{TOP}ouverte, tentative perpétrée dans le fait de s'être présenté au rendez-vous convenu pour commettre des actes d'ordre sexuel avec ce qui était supposé être un enfant (cf. à cet égard [ATF 131 IV 100](#) (d), [JdT 2007 IV 95](#)). Dans le cadre de cette enquête pénale, il y aura entre autres une perquisition qui sera effectuée et au cours de laquelle selon les circonstances des photos de pornographie infantile seront séquestrées, photos que la personne soupçonnée aura soit acquises elle-même ([art. 197 ch. 3 CP](#)), soit fabriquées elle-même ([art. 197 ch. 3 CP](#)) et qui peuvent éventuellement aussi fournir des éléments qui renvoient à des actes d'ordre sexuel commis avec des enfants par le passé. C'est de cette manière que cela s'est passé dans la présente affaire et dans d'autres (cf. par ex. ZR 104/2005 N° 68 (Arrêt de la Cour de cassation du canton de Zurich du 21 juillet 2005) et ZR 106/2007 N° 49 (Arrêt de la Cour de cassation du canton de Zurich du 27 décembre 2006), Cf. en outre l'[ATF 131 IV 100](#) (d), [JdT 2007 IV 95](#) qui sert de base au présent arrêt).

4.

4.1. Selon l'art. 4 al. 1^{er} LFIS, une investigation secrète peut être ordonnée si (a) des soupçons reposant sur des faits déterminés indiquent que des infractions particulièrement graves ont été commises ou pourraient vraisemblablement être commises et si (b) les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction n'ont pas abouti ou les recherches n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles. Selon le droit en vigueur, une investigation secrète peut dès lors déjà être ordonnée s'il existe un soupçon fondé sur des éléments déterminés que des actes particulièrement graves pourraient vraisemblablement être commis. Dans une telle situation - qui ne constituera d'ailleurs plus un motif pour une investigation secrète dans le futur Code de procédure pénale suisse (art. 286 (recte 285) al. 1^{er} [CPP/CH](#)) - l'investigation secrète ne vise pas non plus à empêcher la commission de l'acte délictueux projeté mais à élucider dans le cas où il a été commis. Cela découle également de l'art. 1^{er} LFIS qui fixe comme but à la loi d'*élucider* des infractions particulièrement graves et de l'art. 2 LFIS selon lequel cette loi s'applique dans les *procédures pénales* fédérales et cantonales. Des opérations de police secrètes pour empêcher la commission d'actes pénaux tombent sous le coup de la réglementation légale de l'activité policière.

4.1.2. Dans le cas particulier il ne s'agissait pas pour l'essentiel d'élucider des actes qui auraient vraisemblablement pu déjà avoir JDT 2008 IV P. 35, 54^{TOP}été commis mais bien d'élucider des actes pénaux qui

allaient vraisemblablement être commis. Ces actes pénaux ne devaient pas être empêchés mais il convenait d'enquêter à leur sujet. Il s'agissait pour l'essentiel d'élucider si une personne qui, sur la base de ses déclarations écrites sur le forum de discussion avait des tendances pédophiles, voulait et était prête à commettre des actes d'ordre sexuel avec des enfants dans la vie réelle et à convenir dans ce but d'un rendez-vous avec l'enfant (présumé).

4.2.

4.2.1. La LFIS opère - à la différence de la future procédure pénale fédérale (cf. art. 286 al. 1^{er} [CPP/CH](#)) et Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (FF 2006 1057 ss, 1238) - une distinction entre deux phases de l'investigation secrète, à savoir les investigations dans une phase de préparation avant l'ouverture de l'enquête pénale et la phase de la procédure pénale (Message LFIS, FF 1998, 3733). Cette double phase ne ressort toutefois pas clairement de la systématique de la loi. La loi règle dans la deuxième section (art. 14 ss) expressément l'"intervention dans le cadre d'une procédure pénale". En revanche, la possibilité de recourir à une investigation secrète déjà avant l'ouverture d'une procédure pénale se déduit implicitement de la première section de la loi ("Dispositions générales"). Sur la base de cette systématique de la loi qui prête plutôt à confusion, il n'est pas sans autre aisé de définir quelles dispositions s'appliquent à quelle phase (cf. *Thomas Hansjakob*, op. cit., pp. 103, 105).

Selon l'art. 5 de la LFIS ("Désignation"), le commandant d'un corps de police chargé de tâches de police judiciaire peut, moyennant son consentement, désigner une personne comme agent infiltré si les actes punissables visés à l'art. 4 doivent être élucidés. Selon l'art. 5 al. 2 LFIS, peuvent être désignés comme agent infiltré, des fonctionnaires de police (let. a) ainsi que des personnes engagées à titre provisoire pour exercer une fonction de police (let. b). Selon l'art. 5 al. 3 LFIS, sont désignés comme personne de contact des membres d'un corps de police. La *désignation* d'un agent infiltré doit être autorisée par un juge (art. 7 al. 1^{er} LFIS). Pour les actes punissables qui doivent être élucidés par les autorités cantonales, l'autorisation doit être accordée par l'autorité judiciaire désignée par le canton (art. 8 al. 1^{er} let. b LFIS). Selon l'art 14 let. b LFIS, les autorités cantonales compétentes de poursuite pénale peuvent autoriser l'intervention d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale. Selon l'art. 17 al. LFIS, l'intervention d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale doit être autorisée par l'une des autorités mentionnées à l'art. 8 al. 1^{er}, respectivement par l'autorité judiciaire désignée par le canton. Selon l'art. 18 LFIS, l'autorité qui ordonne une investigation secrète transmet dans les 48 heures à l'autorité chargée de l'autoriser la décision ordonnant l'investigation secrète ainsi qu'un exposé des motifs accompagné des pièces nécessaires (al. 1^{er}). L'autorité qui autorise l'investigation secrète rend une décision dans les cinq jours à compter du moment où l'investigation secrète a été ordonnée en indiquant brièvement les motifs (al. 2 phrase 1). Si l'investigation secrète n'est pas autorisée ou si aucune autorisation n'a été demandée, l'autorité qui l'a ordonnée y met fin et doit retirer immédiatement du dossier tous les documents y relatifs. Les informations recueillies au cours de l'investigation secrète ne peuvent être utilisées ni pour d'autres enquêtes ni à charge d'un accusé.

De cette réglementation légale confuse et incommode, on peut retenir ceci: L'autorité compétente désigne un fonctionnaire de police comme agent infiltré. Cette désignation doit être autorisée par un juge. L'engagement - qui doit être qualifié d'investigation secrète - de l'agent infiltré qui a été ainsi désigné conformément aux prescriptions n'a pas besoin d'être autorisé par un juge lorsqu'il a lieu avant l'ouverture d'une procédure pénale. En revanche, l'engagement dans une procédure pénale d'un agent infiltré qui a été désigné conformément aux règles avec l'autorisation d'un juge doit à nouveau être autorisé par un juge. Cette autorisation par un juge de l'intervention d'un agent infiltré dans une procédure pénale peut être accordée dans les délais prévus par la loi mais aussi après l'ordre d'engagement, respectivement après le début de ce dernier. La loi ne prévoit en revanche aucune ratification dans certains délais de la désignation d'un agent infiltré.

4.2.2. Dans le cas présent, les fonctionnaires de police qui ont participé au forum de discussion du 17 août 2005 avant l'ouverture d'une procédure pénale n'ont selon toute vraisemblance pas été désignés comme agents infiltrés conformément à l'art. 5 LFIS. En tout cas, il manque une autorisation d'un juge nécessaire pour la désignation selon l'art. 7 LFIS. Des éléments précis qui permettent de fonder le soupçon qu'un acte pénalement punissable pourrait probablement être commis ont été dans le cas particulier donnés sans aucune hésitation lorsque, dans le cadre de la conversation sur le forum de discussion entre le fonctionnaire de police qui investiguait secrètement et l'intimé, il a été possible de découvrir que ce JDT 2008 IV P. 35, 56TOP dernier voulait et était prêt à avoir rendez-vous dans la vie réelle dans le but de commettre des actes d'ordre sexuel avec ce qui était supposé être une jeune fille de 13 ans. Des actes d'ordre sexuel de personnes adultes avec des enfants, même avec des jeunes filles de 13 ans, doivent d'une manière générale être considérés comme des infractions particulièrement graves au sens de l'art. 4 al. 1^{er} let. a LFIS, à savoir comme des infractions figurant au catalogue dont la gravité justifie une investigation secrète.

4.3.2. Toutefois dans le cadre de la communication, notamment dans les forums de discussion spécialement aménagés pour les enfants et les adolescents, il arrive souvent que très rapidement, quelques minutes déjà après le début du forum de discussion, on peut déduire des déclarations faites par une personne (présumée) adulte qu'elle veut et est prête à avoir un rendez-vous dans la vie réelle pour commettre des actes d'ordre sexuel avec un enfant (présumé). Au vu de cette situation, il semble par trop formaliste de considérer que les conditions permettant d'ordonner une investigation secrète au sens de l'art. 4 al. 1^{er} let. a LFIS doivent être considérées comme réalisées aussitôt que de telles déclarations sont faites en réalité; cela sans compter dans un tel cas les difficultés pratiques qui se poseraient pour ordonner l'investigation secrète (art. 4 LFIS), pour désigner l'agent infiltré (art. 5 LFIS) ainsi que pour obtenir l'autorisation du juge pour cette désignation (art 7 LFIS) et pour la procédure d'autorisation (art. 8 LFIS). C'est un fait d'expérience que, dans les forums de discussion spécialement aménagés pour les enfants et les adolescents, des adultes aux tendances pédophiles manifestent très rapidement après le début du forum de discussion leur intérêt pour une rencontre dans la vie réelle afin d'accomplir des actes d'ordre sexuel; cela constitue une condition suffisante pour ordonner une investigation secrète au sens de l'art 4 LFIS avant l'ouverture d'une procédure pénale. Ce fait d'expérience est dès lors et en tenant compte des

conditions qui règnent dans de tels forums de discussion un fait déterminé au sens de l'art. 4 al. 1^{er} let. a LFIS qui fonde le soupçon que des infractions particulièrement graves pourraient vraisemblablement être commises.

4.3.3. Une investigation secrète pour nouer des contacts avec une autre personne dans le cadre d'une conversation sur un forum de discussion peut dès lors déjà être ordonnée avant le début du forum de discussion au cours duquel les fonctionnaires de police donnent à leurs partenaires de chat l'impression fausse qu'ils sont des enfants et qu'ils ne sont pas désintéressés par des actes d'ordre sexuel avec leurs partenaires de chat.

4.4. Pour les investigations secrètes avant l'ouverture d'une procédure pénale, comme déjà mentionné (cf. c. 4.2.1. ci-dessus), seule la désignation de l'agent infiltré a besoin d'être autorisée par un juge (cf. à cet égard l'art. 7 LFIS). L'intervention de l'agent infiltré qui a été désigné avec l'autorisation du juge avant l'ouverture d'une procédure pénale n'a pas besoin - à la différence de l'intervention d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale (cf. à cet égard l'art. 17 LFIS) - d'avoir été autorisée par un juge. Tandis que l'intervention d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale peut encore être autorisée par un juge dans un certain délai après qu'elle ait été ordonnée et avant qu'elle ait commencé (cf. art. 18 LFIS), la loi ne prévoit pas une ratification ultérieure par un juge de la désignation de l'agent infiltré. Cela s'explique sans autre par le fait que, selon la conception du législateur, un fonctionnaire de police ne peut exécuter une intervention sous la forme d'une investigation secrète - aussi bien avant l'ouverture d'une procédure pénale que dans le cadre d'une procédure pénale - que s'il a été désigné comme agent infiltré selon l'art. 5 LFIS et que si cette désignation a conformément aux art. 7 s. LFIS - au minimum à titre provisoire ou sous condition (cf. art. 8 al. 2 phrase 2 LFIS) - été autorisée par un juge. Il est nécessaire que la désignation d'un agent infiltré ait été autorisée par un juge (art. 7 al. 1^{er} LFIS). Aussi longtemps que la désignation n'a pas été autorisée par un juge, le fonctionnaire de police ne peut pas intervenir légalement comme agent infiltré et il ne peut dès lors exécuter aucune intervention sous la forme d'une investigation secrète au sens de la LFIS. Il n'est pas question que des fonctionnaires de police enquêtent secrètement et soient désignés seulement ultérieurement comme agent infiltré, après le début d'une telle intervention - et selon les circonstances même en fonction des éléments utiles qui ont été recueillis dans l'intervalle - avec une autorisation du juge. Il n'y a d'ailleurs aucune raison pour une telle désignation a posteriori, respectivement pour une autorisation par le juge pour une telle désignation comme agent infiltré puisqu'un fonctionnaire de police, aussi longtemps qu'il ne se présente pas comme un agent infiltré et que cette désignation n'a pas été approuvée par un juge, ne peut en aucun cas enquêter de manière secrète et dès lors ne peut pas non plus se trouver dans la situation où, sans l'avoir voulu ou attendu, il doit effectuer une intervention sous la forme d'une investigation secrète au sens de la LFIS.

4.5. Dans la mesure où les autorités cantonales considèrent qu'une participation secrète de policiers à une communication sur un forum de discussion est judiciaire et appropriée, il faut en principe procéder de la manière suivante.

Les autorités compétentes désignent certains fonctionnaires de police comme agents infiltrés pour élucider certains actes punissables. La désignation doit être approuvée par l'autorité judiciaire compétente. Après cette approbation par le juge, qui selon les circonstances peut être provisoire ou condition, l'agent infiltré peut prendre part à la communication sur le forum de discussion avant l'ouverture d'une procédure pénale et dans le cadre des dispositions légales et de la décision de désignation, respectivement d'autorisation. Il faut toutefois notamment prendre garde à ne pas dépasser l'étendue de l'intervention autorisée (art. 10 LFIS).

4.6.

4.6.1. La participation des policiers à la communication sur le forum de discussion avait dans le cas particulier - comme dans d'autres cas d'ailleurs - manifestement pour l'essentiel le but d'élucider si le partenaire du forum de discussion dont on pouvait déduire des déclarations écrites qu'il avait faites sur le forum de discussion qu'il s'agissait d'une personne adulte avec des tendances pédophiles, voulait et était prêt à avoir dans la vie réelle des relations sexuelles avec l'enfant présumé et s'il était prêt à convenir d'un rendez-vous pour ce faire. Il s'agissait donc d'élucider un acte pénal qui devait être éventuellement commis (cf. c. 3.9. ci-dessus).

4.6.2. Les autorités cantonales partent manifestement du fait, en se fondant entre autres sur l'[ATF 131 IV 100](#) (d) ([JdT 2007 IV 95](#)), que le partenaire du forum de discussion qui se présente au rendez-vous convenu en vue d'accomplir des actes d'ordre sexuel avec l'enfant (présumé) se rend coupable de tentative (impossible) d'actes d'ordre sexuel avec des enfants, respectivement qu'il existe un soupçon suffisant dans ce sens, ce qui permet l'ouverture d'une procédure pénale. En fait, dans l'[ATF 131 IV 100 c. 8](#) (d) ([JdT 2007 IV 95](#)), le TF a qualifié, comme l'autorité cantonale, le fait pour le partenaire du forum de discussion de se présenter au rendez-vous convenu dans les circonstances décrites de tentative (impossible) d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (critique *Peter Albrecht*, [AJP 2005 pp. 751 ss](#)). On ne peut donc pas déduire de l'[ATF 131 IV 100](#) (d) ([JdT 2007 IV 95](#)) que le fait pour le partenaire d'un forum de discussion de se présenter au rendez-vous convenu avec l'enfant (présumé) doit déjà à chaque fois et sans autre être qualifié de tentative (impossible) d'actes d'ordre sexuel avec des enfants. Ainsi que cela ressort de l'arrêt du TF (c. 8.2.) c'est l'ensemble des circonstances du cas qui est déterminant.

4.7.

4.7.1. Dans le cadre du forum de discussion avec l'agent infiltré, l'intimé a fait diverses déclarations écrites avec des références sexuelles. Ces déclarations ont certes été mentionnées dans l'acte d'accusation mais cela a manifestement été fait simplement pour motiver l'intention de l'intimé d'accomplir des actes d'ordre sexuel avec un enfant dans la vie réelle. Pour ce qui a trait à ces déclarations, selon la motivation de l'arrêt attaqué (p. 5) selon toute vraisemblance aucun acte d'accusation n'a été dressé. Cela est dû vraisemblablement au fait qu'il a semblé hautement douteux à l'autorité d'accusation que les seules déclarations écrites de l'intimé sur le forum de discussion puissent être qualifiées - sur une éventuelle

qualification qui dépasse les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel, punissable seulement sur plainte ([art. 198 CP](#)) - d'actes d'ordre sexuel avec des enfants ([art. 187 ch. 1 CP](#)) - commis par l'incitation d'un enfant à des actes sexuels, respectivement par l'intégration d'un enfant dans un acte sexuel - ou comme des représentations pornographiques ([art. 197 CP](#)).

4.7.2. Par ailleurs, l'intimé a exposé à l'agent infiltré sur le forum de discussion qu'il avait déjà eu à une reprise des relations sexuelles avec une jeune fille de 13 ans. Les autorités compétentes n'ont pas saisi cette occasion pour ouvrir une procédure pénale en raison du soupçon d'actes d'ordre sexuel avec des enfants. Cela a été aussi omis manifestement en raison du fait qu'elles n'ont pas pu réfuter les déclarations de l'intimé lors de son audition, déclarations selon lesquelles ce qu'il avait indiqué sur le forum de discussion était une allégation fautive née de sa seule imagination.

4.7.3. En outre et dans le souci d'être complet sur ce point, il faut faire remarquer ceci: l'intimé a fait les déclarations avec des références sexuelles et celles relatives aux actes d'ordre sexuel commis par le passé avec des enfants dans le cadre de la conversation qu'il menait sur le forum de discussion avec l'agent infiltré. Les éléments ainsi recueillis et qui renvoyaient à la rigueur à des actes punissables l'ont été par le biais d'une investigation secrète au sens de la LFIS. Elles n'auraient dès lors pu être exploitées, dans l'hypothèse JDT 2008 IV P. 35, 60 où un acte d'accusation aurait été dressé, qu'aux conditions fixées par la LFIS.

5.

5.1. Une éventuelle désignation du fonctionnaire de police qui conversait sur le forum de discussion comme agent infiltré n'a de toutes manières pas été autorisée par un juge selon les art. 7 s. LFIS, que ce soit de manière provisoire ou sous conditions. Cette procédure n'a par ailleurs pas été non plus mise en route ultérieurement, ce qui n'aurait de toutes manières pas suffi. Il convient dès lors d'examiner les conséquences qui en découlent. Il faut dès lors se poser la question de savoir s'il en résulte une interdiction d'apprécier les preuves et quels effets produit cette dernière.

5.2. Selon l'art. 18 ch. 5 LFIS, si l'investigation secrète n'a pas été autorisée ou si aucune autorisation n'a été demandée, les informations recueillies au cours de l'investigation secrète ne peuvent être utilisées ni pour d'autres enquêtes ni à charge d'un accusé. Compte tenu de sa place dans la loi, cette disposition se réfère à l'intervention d'un agent infiltré *dans le cadre d'une procédure pénale* (art. 14 ss LFIS) et, par conséquent à l'autorisation d'un juge nécessaire selon l'art. 17 LFIS pour une telle intervention. La loi ne règle pas expressément les conséquences sur l'exploitation des informations recueillies lors d'interventions avant l'ouverture d'une procédure pénale en cas de défaut de l'autorisation nécessaire d'un juge pour la désignation d'un agent infiltré au sens de l'art. 7 LFIS. Contrairement à l'opinion du recourant, il ne s'ensuit pas que les informations recueillies dans une investigation secrète avant l'ouverture d'une procédure pénale puissent être prises en compte, même en l'absence de l'autorisation nécessaire du juge pour la désignation d'un agent infiltré, sans autre ou du moins lorsque la pesée des intérêts privés et publics qui sont en jeu le

justifient. Si l'art. 8 LFIS ne contient pas une réglementation semblable à celle de l'art. 18 al. 5 LFIS pour ce qui a trait à l'interdiction d'utiliser les informations recueillies, cela n'est pas dû à une lacune de la loi (cf. pourtant dans ce sens, *Haenni*, op. cit., pp. 250/251). Cela s'explique bien plutôt par le fait que le législateur a considéré qu'il allait de soi que les interventions effectuées avant l'ouverture d'une procédure pénale et qui doivent être qualifiées d'investigations secrètes - investigations qui comme telles ne sont pas soumises à une autorisation d'un juge - ne débutent que lorsque le fonctionnaire de police qui enquête a été désigné conformément aux règles prévues comme agent infiltré (art. 5 LFIS) et que l'autorisation d'un JDT 2008 IV P. 35, 61TOPJuge exigée pour cette désignation (art. 7 LFIS) a été obtenue dans la procédure prévue à cet effet (art. 8 LFIS).

Si l'absence de l'autorisation d'un juge exigée pour une intervention dans le cadre d'une procédure pénale au sens de l'art. 17 LFIS conduit, d'après l'art. 18 ch. 5 LFIS, à une interdiction d'utiliser les informations recueillies, le défaut d'autorisation d'un juge nécessaire pour la désignation d'un agent infiltré au sens de l'art. 7 LFIS entraîne a fortiori la même conséquence.

Les informations qu'un fonctionnaire de police recueille au cours d'une intervention qui doit être qualifiée d'investigation secrète au sens de la LFIS ne peuvent dès lors être utilisées que si le policier a été désigné comme agent infiltré avant le début de son intervention et que si cette désignation a été autorisée par un juge toujours avant le début de son intervention. Si ces conditions ne sont pas remplies, les informations recueillies ne peuvent pas être utilisées.

5.3.

5.3.1. La participation qualifiée de fonctionnaires de police au forum de discussion avec l'intimé, participation qui doit être qualifiée d'investigation secrète au sens de la LFIS, a permis de recueillir l'information que ce dernier voulait et était prêt à accomplir des actes d'ordre sexuel avec une jeune fille de 13 ans comme l'occasion lui en était donnée. Cette information ne peut pas être utilisée en raison de l'absence d'autorisation d'un juge pour la désignation des fonctionnaires de police comme agents infiltrés. Pour ce motif, l'intimé ne peut pas être condamné pour tentative (impossible) d'actes d'ordre sexuel avec un enfant réalisée dans le fait qu'il s'est présenté au rendez-vous convenu avec ce qui était supposé être un enfant.

5.3.2. L'information recueillie dans le cadre de l'investigation secrète selon laquelle l'intimé était prêt et voulait accomplir des actes d'ordre sexuel avec une jeune fille de 13 ans ne peut pas être utilisée non plus pour d'autres enquêtes. La perquisition effectuée était dès lors illégale puisqu'elle n'avait été rendue possible que parce que l'intimé s'était présenté au rendez-vous convenu, ce qui, de l'avis des autorités compétentes, fondait le soupçon de tentative (impossible) d'actes d'ordre sexuel avec un enfant et permettait l'ouverture d'une procédure pénale. Les informations recueillies au cours de la perquisition ne peuvent dès lors pas être utilisées. Pour ce motif donc, l'intimé ne peut pas être condamné sur la base de [l'art. 197 ch. 3^{bis} CP](#) en raison des éléments constitutifs de pornographie enfantine qui y ont été saisis.

6. L'acquiescement de l'intimé pour ce qui a trait aux griefs de tentative (impossible) d'actes d'ordre sexuel avec des enfants ainsi que de pornographie enfantine ne viole dès lors pas le droit fédéral. Les informations déterminantes pour fonder ces griefs ne sont pas utilisables car elles ont été recueillies, d'une part directement et d'autre part indirectement, par une investigation secrète qui était illégale en raison du fait que la désignation des fonctionnaires de police comme agents infiltrés n'avait pas été autorisée par un juge conformément au prescrit des art. 7 s. LFIS.

Le recours en matière pénale doit dès lors être rejeté.

7. Vu l'issue de la procédure, il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 66 al. 1 et 4 [LTF](#)). Comme le Ministère public qui a déposé le recours succombe, le canton de Zurich doit payer à l'intimé, qui avait conclu dans sa détermination au rejet du recours, une indemnité pour la procédure devant le TF (art. 68 al. 1 et 2 [LTF](#)).

Trad. Paul-Xavier Cornu

1

NdT. Verbe francisé qui désigne l'action de fréquenter une messagerie instantanée, c'est-à-dire de dialoguer entre deux ou plusieurs utilisateurs sur un forum de discussion par réseaux interposés (il existe des protocoles dédiés à ce service (IRC, Internet Relay Chat) ou des logiciels de messagerie instantanée, par exemple MSN).

2

NdT: Selon la doctrine américaine du Fruit of poisonous tree: selon cette dernière, des preuves rassemblées au cours d'une arrestation ou d'une perquisition illégale ne peut être admises au cours d'un procès, du fait que ces procédures illégales sont considérées comme un poisonous tree (arbre empoisonné) qui produit des "fruits" (qui sont les preuves ainsi obtenues) tout aussi empoisonnés.

3

Cf. note 2 ci-dessus.