

UNIVERSITÉ JEAN MOULIN – LYON III
FACULTÉ DE DROIT

LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES
AU REGARD DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

***LE DROIT FRANÇAIS À L'ÉPREUVE DE LA
CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME***

MÉMOIRE
MASTER II DROIT PUBLIC FONDAMENTAL

Sous la direction de Thierry DEBARD
Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon III

Erkan DUYMAZ
Année universitaire 2004-2005

*Je tiens à remercier mon directeur de mémoire, Monsieur
le Professeur Thierry DEBARD, de sa disponibilité et de son aide
précieuse apportée au cours de cette année de recherches.*

Sommaire

SOMMAIRE

LISTE DES ABREVIATIONS

INTRODUCTION

TITRE 1^{ER} : LA CONCILIATION ENTRE UN DROIT PROTEGE ET UNE INGERENCE JUSTIFIEE : LES LIBERTES INDIVIDUELLES FACE A L'INTERET GENERAL

CHAPITRE 1^{ER} : LES ECOUTES TELEPHONIQUES A L'EGARD DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT ETRANGER

Section 1 : La Convention européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques

Section 2 : Les écoutes téléphoniques et le droit étranger

CHAPITRE 2^{EME} : LE REGIME JURIDIQUE DES ECOUTES TELEPHONIQUES EN FRANCE

Section 1 : La situation antérieure à la loi du 10 juillet 1991

Section 2 : La loi du 10 juillet 1991 et les interceptions téléphoniques

TITRE 2^{EME} : UN COMPROMIS EN VOIE DE PERFECTIONNEMENT : L'EFFICACITE DU DISPOSITIF FRANÇAIS EN MATIERE DE LIBERTES INDIVIDUELLES

CHAPITRE 1^{ER} : L'EVOLUTION DES INTERCEPTIONS TELEPHONIQUES APRES LA LEGISLATION DE 1991

Section 1 : Les interceptions judiciaires

Section 2 : Les interceptions de sécurité

CHAPITRE 2^{EME} : LES INSUFFISANCES DU DISPOSITIF FRANÇAIS

Section 1 : Le contrôle des interceptions de sécurité et les modèles étrangers

Section 2 : Les écoutes sauvages : un souci permanent pour les libertés individuelles

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

LISTE DES ARRETS CITES

ANNEXES

TABLE DES MATIERES

Liste des abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
c.	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CNCIS	Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Convention EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPP	Code de procédure pénale
CSDN	Commission consultative du secret de la défense nationale
Dalloz	Recueil Dalloz
GIC	Groupement interministériel de Contrôle
JCP	Semaine juridique, édition générale
JO	Journal officiel de la République française
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
obs.	Observations
p.	Page
RDP	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rev. intern. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. Sc. Crim	Revue science criminelle et droit pénal Comparé
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. Corr.	Tribunal correctionnel

Introduction

« Pourquoi défendre l'intimité, le secret, de notre vie privée ? Qu'a donc à cacher l'homme qui vit selon la loi ? Notre existence ne doit-elle pas être transparente ? N'est-il pas souhaitable que nous habitions une maison de verre ? La maison de verre n'est qu'un idéal utopique ; elle ne pourrait abriter qu'une société de robots. Le sentiment profond de discrétion et de pudeur qui existe au fond de chaque être humaine exige la protection du secret de la vie privée. Sans pareil secret, il n'y aurait plus de liberté ; le secret de la vie privée est l'un des aspects de la liberté de notre existence ».¹

C'est en effet une telle intimité qui permet à l'homme de participer à la vie publique, où il n'est seulement un être juridique, sans perdre sa propre individualité. Une sphère privée lui est ainsi nécessaire non seulement parce que son « secret » doit être respecté mais également parce qu'une telle sphère constitue la condition indispensable de l'exercice des autres droits fondamentaux qui lui sont reconnus.

C'est dans ce contexte global qu'il faut examiner le droit et la pratique des écoutes téléphoniques qui constituent une atteinte au secret des correspondances téléphoniques, étant lui-même une composante essentielle de la vie privée. Quels que soient le motif, la procédure et les circonstances, toutes les écoutes téléphoniques sont, dès lors, susceptibles de porter atteinte au droit au respect de la vie privée, ce qui a d'ailleurs été reconnu à plusieurs reprises par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.²

En dehors du sens purement technique du terme, l'écoute téléphonique peut être définie comme « l'action d'écouter une conversation téléphonique ».³ Il s'agit d'une activité humaine volontaire, elle ne relève pas du domaine de l'inadvertance. Quant à l'interception, employée par la loi du 10 juillet 1991,⁴ elle est définie comme « l'action de prendre au passage et par surprise ce qui est adressé, envoyé ou destiné à quelqu'un ».⁵ L'interception,

¹ Préface de H. MAZEAUD à l'ouvrage de P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit ; protection du secret de la vie privée*, Economica, 1995

² « Le rattachement du secret des correspondances à la vie privée », *infra*

³ *Le Petit Robert*

⁴ Relative au secret des correspondances émises par la voie de télécommunications, *infra*

⁵ *Le Petit Robert*

étant intentionnelle, volontaire et lucide comme l'écoute, englobe celle-ci.⁶ Malgré cette différence de terminologie, les deux termes sont souvent employés dans le même sens par la jurisprudence nationale et européenne ainsi que par la doctrine.

Selon une typologie, désormais classique,⁷ il existe trois types d'écoutes téléphoniques :

- les écoutes administratives ou les écoutes de sécurité pratiquées sur l'autorisation donnée par l'autorité ministérielle ;
- les écoutes judiciaires intervenant à la suite d'une décision émanant d'un magistrat de l'ordre judiciaire ;
- les écoutes non officielles ou les écoutes sauvages étant mises en œuvre en dehors des deux hypothèses qui viennent d'être distinguées.

Par ailleurs, le but recherché par le moyen d'écoutes téléphoniques apparaît différent selon chaque cas. Ainsi, les écoutes administratives sont souvent pratiquées pour la recherche des renseignements intéressant la sécurité nationale, la prévention du terrorisme et de la criminalité organisée ou encore la sauvegarde des intérêts économiques et scientifiques du pays. Elles ont donc un caractère préventif. En ce qui concerne les écoutes judiciaires, elles sont prévues pour la recherche de la preuve dans le cadre de l'instruction judiciaire et, dans certains cas et dans certains pays, dans le cadre de l'enquête préliminaire. Celles-ci, ayant pour but d'obtenir des preuves et d'identifier l'auteur d'une infraction éventuelle, ont un caractère répressif. Enfin, les écoutes sauvages ou clandestines, qui ne peuvent être facilement regroupées, sont pratiquées à des fins personnelles, professionnelles, politiques, économiques, commerciales mais également à des fins d'espionnage. Ceci étant, toute personne physique, dans une société avancée, peut faire l'objet d'écoutes téléphoniques.

Étant donnée la diversité des motifs ainsi que des auteurs et des victimes des écoutes téléphoniques, celles-ci ne sont pas régies par une seule branche du droit. En effet, le droit civil, le droit commercial, le droit du travail, le droit pénal ainsi que le droit public sont, de près ou de loin, concernés par les écoutes téléphoniques.

Le droit civil se penche sur la protection de la vie privée et sur les dispositions européennes et nationales en matière de traitement informatisé de données nominatives. Le Code civil,⁸

⁶ L'écoute téléphonique constitue une sous-catégorie des interceptions. Elle s'intéresse aux interceptions téléphoniques et aux autres interceptions réalisées par d'autres moyens de communication.

⁷ Cette typologie a été établie, en 1982, par la Commission d'étude sur les écoutes téléphoniques, présidée par M.Schmelck.

consacrant le droit au respect de la vie privée, et la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), avec ses nombreux avis et propositions, apparaissent alors comme les défenseurs de toute personne écoutée.

Le droit commercial régit, pour sa part, le secteur de la fabrication et de la commercialisation des matériels permettant de réaliser des écoutes téléphoniques. Compte tenu du danger que représentent ces matériels pour la vie privée de chacun, (concernant notamment les écoutes sur les lieux de travail et les écoutes sauvages), la fabrication, la commercialisation ainsi que la location et l'utilisation de ces appareils sont soumises à l'autorisation des autorités publiques.

Le droit du travail correspond à une exception : il permet à l'employeur, dans certains cas, de faire procéder à des interceptions téléphoniques à condition que les personnes susceptibles d'être écoutées en soient informées. Ce pouvoir accordé à l'employeur dans la vie professionnelle s'explique par la nature spécifique du contrat du travail et par la nature purement professionnelle de certaines conversations téléphoniques.

Quant au droit pénal, il précise aux acteurs des écoutes téléphoniques légales quelles sont les sanctions qu'ils encourent s'ils ne respectent pas la loi. D'autre part, les écoutes sauvages sont réprimées par le Code pénal dans la mesure où elles constituent des atteintes à la vie privée. Le droit pénal intervient également dans les domaines du secret professionnel et du secret-défense, souvent concernés par les interceptions judiciaires ou administratives. Enfin, c'est le Code de procédure pénale qui définit le régime juridique des écoutes téléphoniques judiciaires. Celles-ci étaient pendant longtemps au cœur de la question de la licéité de la preuve, elle-même constituant une pièce essentielle de la procédure pénale.

Le droit administratif, quant à lui, régit les autorités administratives et notamment la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) qui veille au respect de la loi, dans le domaine des écoutes de sécurité, et formule les recommandations au Premier ministre. C'est ensuite le droit de la fonction publique qui organise le statut de la plupart des écouters, les agents de la police ou de l'armée, qui, sur ordre, rassemblent des preuves ou réalisent une politique de prévention par les interceptions de sécurité.

S'il est vrai que le rapport entre les écoutes téléphoniques et toutes les branches de droit qui viennent d'être mentionnées n'est pas illusoire, force est cependant de constater qu'il ne s'agit, dans chaque cas, qu'un aspect réduit de la question. Or, les écoutes téléphoniques doivent être conçues, avant tout, comme une exception au secret de la correspondance

⁸ Article 9 du Code civil prévoit que « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

téléphonique et donc comme une atteinte au droit au respect de la vie privée. C'est, en effet, cette approche fondamentale sur laquelle nous recentrons volontairement la présente étude. Ceci nous amènera, d'une part, à étudier le régime juridique des écoutes téléphoniques judiciaires et administratives, qui manifestent une ingérence de la puissance publique dans la vie privée des personnes et qui présentent, à cet égard, un intérêt sur le plan des libertés publiques. Ceci n'exclura pas, d'autre part, d'étudier les écoutes sauvages, dans la mesure où il appartient aux autorités publiques de prendre des mesures nécessaires afin de protéger le droit au respect de la vie privée de chacun.

Le droit au respect de la vie privée est consacré par de nombreux textes internationaux et nationaux :

La référence incontournable en la matière, est, même si elle n'a pas de force juridique contraignante, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948,⁹ qui précise, dans son article 12, que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ». L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies du 16 décembre 1966 reprend, quant à lui, les mêmes notions sous une présentation quasi identique.¹⁰ La Convention européenne des droits de l'homme, inspirée elle-même de la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclame également le droit au respect de la vie privée, en ajoutant cependant les conditions de limitation de celui-ci, ce qui sera étudié ultérieurement.

Quant au droit français, il mentionne le droit au respect de la vie privée dans l'article 9 du Code civil, introduit par la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.¹¹

De son côté, le Conseil constitutionnel reconnaît au droit au respect de la vie privée valeur constitutionnelle. Si cette reconnaissance était implicite dans sa décision relative à la fouille des véhicules,¹² elle est devenue explicite suite à sa décision du 18 janvier 1995.¹³ En

⁹ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948.

¹⁰ « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions et de telles atteintes. »

¹¹ Loi n°70-643 du 17 juillet 1970, J.O. du 19 juillet 1970, p.6751

¹² Décision n°76-75, DC du 12 janvier 1977, L.FAVOREAU et L.PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2003, p.327 ; RDP, 1978, p.821, note L.FAVOREU

effet, le Conseil constitutionnel a considéré, en 1977, la liberté individuelle comme un droit fondamental constitutionnellement protégé. Si le Conseil n'a pas déterminé l'étendue de la notion de « liberté individuelle », la doctrine a cependant pu insérer aisément le droit au respect de la vie privée dans celle-ci.¹⁴ À cet égard, M.Favoreu souligne qu'« en invoquant formellement la liberté individuelle à propos de l'ouverture de coffres de voitures, le Conseil constitutionnel a entendu marquer clairement qu'il ne tolérerait aucune atteinte générale à l'intimité de la vie privée qui serait prévue par une loi [...] cela signifie bien sûr que serait inconstitutionnelle toute loi restreignant de manière générale [...] l'inviolabilité de la correspondance [...] toute loi autorisant par exemple les écoutes téléphoniques [...] ».¹⁵ En effet, le Conseil constitutionnel reconnaît finalement, dans sa décision du 18 janvier 1995, que « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ».

Ainsi consacré par le droit international et national, le droit au respect de la vie privée peut être limité lorsque des considérations d'intérêt général le justifient. À cet égard, les écoutes téléphoniques apparaissent comme un moyen « efficace » permettant à la puissance publique de s'assurer d'un tel intérêt.¹⁶ Dès lors, le régime juridique des écoutes téléphoniques résulte d'une nécessaire conciliation entre le droit protégé et l'immixtion de la puissance publique, qui est justifiée par l'intérêt général, dans ce droit. En France, cette conciliation est faite dans un souci de conformité à la Convention européenne des droits de l'homme qui fournit aujourd'hui « le modèle le plus perfectionné de garantie effective des droits de l'homme proclamés sur le plan international. »¹⁷

¹³ Décision n°94-352, DC du 18 janvier 1995, *vidéosurveillance*, JCP 1995.II.22525, note F.LAFAY

¹⁴ « Le droit au respect de la vie privée était donc implicitement consacré par la décision du 12 janvier 1977 du Conseil constitutionnel », L.FAFOREAU et L.PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, p.334 ; J.RIVERO et H.MOUTOUH, *Libertés publiques Tome II*, PUF, 2003, p.87 ; P.KAYSER, *Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois*, Mélanges Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1995, p.329

¹⁵ L.FAFOREU, *Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée ; à propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules*, Mélanges KAYSER, PUAM, 1979, p.414

¹⁶ Pour autant, on ne saurait ignorer d'autres mesures qui servent aux mêmes fins et qui constituent des atteintes au droit au respect de la vie privée. A cet égard on peut se référer à A.MATRIOT DE LA MOTTE, *Le droit au respect de la vie privée*, in *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Tome 3, 4 et 5, (sous la direction de P.TABATONI), PUF, 2002, p.271

¹⁷ F.SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Que sais-je ? PUF, 2005, p.3

La France, membre originaire du Conseil de l'Europe, a attendu un quart siècle avant de ratifier la Convention, le 3 mai 1974. Par la suite, le droit au recours individuel n'a été reconnu que le 2 octobre 1981 ; date à partir de laquelle la France est entrée dans la voie de l'adaptation « au libéralisme de pensée souhaité par la Cour européenne des droits de l'homme ».¹⁸ À cet égard, la loi du 10 juillet 1991, intervenant suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme et instituant un équilibre entre libertés individuelles et la nécessité de préserver l'intérêt général, en est une illustration parfaite. Si aujourd'hui la loi du 10 juillet 1991 n'est plus d'actualité, les écoutes téléphoniques le sont. Les évolutions intervenues en la matière démontrent que le compromis, ainsi établi par la loi, est dans un contexte évolutif. Si les relations entre l'ordre public et les libertés individuelles semblent marquer une meilleure prise en compte des libertés individuelles, les insuffisances subsistent. Afin de suivre cette évolution diachronique il nous paraît nécessaire d'étudier, tout d'abord, comment la conciliation entre le droit au respect de la vie privée et les écoutes téléphoniques est faite (titre 1^{er}) et ensuite d'observer les évolutions que subit le compromis ainsi trouvé (titre 2^{ème}).

¹⁸ C.GUERRIER, *Les écoutes de sécurité : entre libertés publiques et intérêt général*, Petites Affiches, n° 90, 28 juillet 1995, p.24

Titre 1^{er} : La conciliation entre un droit protégé et une ingérence justifiée : les libertés individuelles face à l'intérêt général

« Trouver le point d'équilibre entre le respect des libertés individuelles et les nécessités de la sécurité publique » autrement dit « protéger l'individu sans désarmer l'État »¹⁹ ; telle est la logique commune de toute limitation apportée par la puissance publique à l'exercice des libertés individuelles au nombre desquelles figure le secret des correspondances. Pour autant, on ne saurait ignorer que ce constat n'est valable que dans les sociétés démocratiques où les libertés individuelles sont garanties par la loi. À cet égard, une étude de droit de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'un regard sur le droit étranger (chapitre 1^{er}) paraît indispensable pour mieux évaluer le droit et la pratique des écoutes téléphoniques en France (chapitre 2^{ème}).

Chapitre 1^{er} : Les écoutes téléphoniques à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit étranger

La France n'est pas le seul pays admettant la nécessité de recourir aux écoutes téléphoniques à des fins de recherche de la vérité en matière criminelle et pour préserver la sécurité de l'État. En effet, tous les États démocratiques, partageant les mêmes soucis, doivent disposer des moyens nécessaires afin de défendre leurs systèmes démocratiques, ce qui aboutit d'ailleurs à la protection des libertés individuelles de leurs citoyens. La Cour européenne des droits de l'homme, dont le point de vue nous concerne au premier chef dans cette étude, reconnaît aux États contractants une large marge d'appréciation, en ce qui concerne la définition de l'intérêt supérieur justifiant l'ingérence de l'État dans le droit au respect de la vie privée, et n'exclut donc pas, par principe, la possibilité de faire appel à des écoutes téléphoniques (section 1). Dès lors, il n'est pas étonnant d'observer que plusieurs États démocratiques, tant contractants que non contractants à la Convention européenne des

¹⁹ Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale n° 2088 du 6 juin 1991, seconde session ordinaire 1990-1991, par M. F. Massot, p.7 (à propos de la loi du 10 juillet 1991).

droits de l'homme, reconnaissent la nécessité des écoutes téléphoniques, tout en garantissant le secret des correspondances au niveau constitutionnel (section 2).

Section 1 : La Convention européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe, signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, consacre le droit au respect de la vie privée et de la correspondance. Elle reconnaît, par ailleurs, aux autorités publiques, la possibilité de s'ingérer dans le droit protégé sous certaines conditions. Si la Convention EDH comporte des dispositions précises posant le principe du secret des correspondances et reconnaissant la légitimité de l'ingérence d'une autorité publique (I), les précisions supplémentaires de la Cour EDH sont cependant nécessaires afin de pouvoir définir les règles conventionnelles relatives aux écoutes téléphoniques. (II)

I– Les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques

La référence principale dans le texte de la Convention EDH est sans doute l'article 8 qui proclame le droit au respect de la vie privée mais dispose également des conditions relatives à la limitation de ce droit. (A) L'article 13 visant le droit à un recours effectif est également à l'origine des griefs soulevés devant la Cour EDH bien que cette dernière se prononce très rarement sur cet article. (B) Il ne s'agit cependant pas de traiter ces deux articles en profondeur mais de rétablir le lien nécessaire entre les droits visés et les écoutes téléphoniques.

A – L'article 8 : Le droit au respect de la vie privée

Le texte de la Convention EDH ainsi que son application par la Cour européenne des droits de l'homme affirment que les écoutes téléphoniques portent atteinte au secret des correspondances et donc à l'intimité de la vie privée (§ I). C'est la raison pour laquelle elles ne sont légitimes que si elles visent à protéger l'intérêt général (§ II).

§ I - Le rattachement du secret des correspondances à la vie privée :

Aux termes de l'article 8 de la Convention EDH « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Cette disposition distingue-t-elle le droit au respect de la vie privée du droit au secret des correspondances et vise-t-elle donc deux droits autonomes ou précise-t-elle tout simplement que le secret des correspondances est une composante de la vie privée ? La question est d'importance dans la mesure où sa réponse nous amènera à savoir à quel droit exactement porte atteinte le recours aux écoutes téléphoniques.

L'application de cette disposition par la jurisprudence de la Cour EDH montre, qu'en se référant à la fois à la vie privée et au secret des correspondances, cette dernière semble considérer la vie privée comme le fondement principal du secret des conversations téléphoniques. Dans l'arrêt *Klass*,²⁰ la Cour précise que « bien que l'article 8 ne mentionne pas les conversations téléphoniques, elles se trouvent comprises dans la notion de "vie privée" et de "correspondance", visée par ce texte ». Dans l'arrêt *Malone* ²¹ la Cour estime, dans le même sens, que « Les communications téléphoniques se trouvant comprises dans les notions de "vie privée" et de "correspondance" au sens de l'article 8 [...] ». Finalement, dans les arrêts *Kruslin* et *Huvig*²² la Cour confirme sa position et renouvelle sa double référence.

Ainsi, l'ensemble de cette jurisprudence ne peut nous permettre de raisonner qu'en recourant à deux notions, la Cour n'affirmant que le lien étroit entre la vie privée et le secret des correspondances téléphoniques. En effet, accueillir l'autonomie du droit au secret des correspondances signifie, sans doute, priver ce droit de son fondement essentiel à savoir la vie

²⁰ Arrêt *Klass et autres c. RFA*, CEDH, 6 septembre 1978, § 41-2, V.BERGER, *Jurisprudence de la Cour EDH*, Sirey, 2004, p.460 ; R.VIENNE, *Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour EDH*, Mélanges G. LEVASSEUR, Litec, 1992, p.263 ; C.GUERRIER, *Les écoutes téléphoniques*, CNRS, 2000, p.61

²¹ Arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, CEDH, 2 août 1984, § 64, J.-F.FLAUSS, *Écoutes téléphoniques : Le point de vue de Strasbourg*, RFDA, 1991, p.89 ; V.BERGER, *Jurisprudence de la Cour EDH*, précité, p.463 ; R.VIENNE, *Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour EDH*, précité, 466

²² Arrêts *Kruslin* et *Huvig c. RF*, CEDH, 24 avril 1990, Gazette du Palais, journal du 1^{er} mai 1990, p.249, note J.ZDROJEWSKI, C.PETTITI, L.PETTITI ; R.KOERING-JOULIN, *De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et ses suites)* Dalloz, 1990, chronique, p.187 ; Rev. sc. crim, 1990, Chronique internationale, p.61, obs. L-E.PETTITI ; Dalloz, 1990, jurisprudence, p.353, *La Cour EDH*, note J.PRADEL ; C.GUERRIER, *Les écoutes téléphoniques*, précité, p.35,

privée et par conséquent réduire son existence à la conséquence du droit de propriété.²³ Il est clair qu'un tel raisonnement n'est pas cohérent avec l'esprit de la Convention EDH ni avec la jurisprudence de la Cour EDH. Si l'on considère que l'individu exige, par principe, que personne ne s'immisce dans ses secrets, le principe du secret des conversations téléphoniques aboutit, naturellement, à protéger le droit au respect de la vie privée et *vice versa*. Le secret de la correspondance apparaît, dès lors, comme une composante essentielle de la vie privée.

Pour autant, on ne saurait en déduire que la vie privée constitue le seul fondement du secret des correspondances. En effet, la protection ou la violation de ce secret peut, selon les différents cas, conduire à la protection ou à la violation des autres droits ; tels que les droits de la défense, le secret professionnel, le droit au respect du domicile, le droit de propriété mais également la liberté de communication ou la liberté d'expression. De même, il peut y avoir des conversations téléphoniques purement professionnelles ou commerciales dont le secret ne vise forcément pas à protéger la vie privée. Cependant, il faut admettre que dans tous les cas l'écoute téléphonique est susceptible de porter atteinte au droit au « respect » de la vie privée, sinon à la vie privée elle-même.

Par ailleurs, quel que soit l'argument soutenu, il est certain que l'article 8 de la Convention vise les deux droits. Il reste cependant à préciser s'il existe également d'autres droits protégés par cette disposition. Sans aborder la question de classification ou de distinction, on peut citer ; le droit au respect de la vie familiale, du domicile, des correspondances écrites ou encore la protection des fichiers à caractère personnel.²⁴

§ II - La reconnaissance de la légitimité de l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la privée

Ainsi consacré par l'article 8§1 de la Convention EDH, le droit au respect de la vie privée n'est pas absolu. En effet, le 2^{ème} alinéa de ladite disposition précise les conditions dans

²³ V.PELTIER, *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999, p.109 (L'auteur soutient l'idée de l'autonomie des deux droits et considère, par conséquent, le droit de propriété comme le fondement unique du droit au respect de la correspondance.)

²⁴ L.-E.PETTITI (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme ; commentaire article par article*, Economica, 1999, p.312

lesquelles il peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit.²⁵ À la lecture de cet alinéa, trois exigences semblent être imposées par la Convention, à savoir : celles de la légitimité de l'ingérence, de l'existence d'une base légale et du caractère 'nécessaire' de l'ingérence 'dans une société démocratique'.

Assimilée à des ingérences d'une autorité publique, la licéité des écoutes téléphoniques est soumise au premier chef au respect d'une condition de légitimité qui affirme, avant tout, la reconnaissance de la nécessité des mesures de surveillance téléphonique. Ceci implique que la finalité des écoutes réalisées ou prévues doit répondre à l'un des motifs énumérés par l'article 8§2 de la Convention.

L'appréciation de la légitimité des écoutes téléphoniques ne soulève pas de difficultés dans la mesure où la Cour EDH laisse aux États contractants une large marge de manœuvre concernant l'appréciation des notions de 'sécurité nationale', 'sûreté publique', 'défense de l'ordre'. L'idée est confirmée par la jurisprudence de la Cour relative aux écoutes téléphoniques : dans l'affaire *Klass*, la loi allemande de 1968, dite G 10, habilitait à opérer des mesures secrètes afin de prévenir les dangers imminents menaçant « l'ordre fondamental libéral et démocratique, l'existence et la sécurité de la Fédération, des *Länder* ainsi que la sécurité des forces alliées stationnées sur le territoire ouest-allemand ». Ces objectifs ont été considérés comme légitimes car ayant pour but de sauvegarder la sécurité nationale, d'assurer la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales au sens de l'article 8§2.²⁶ Dans l'affaire *Malone*, les organes de la Convention ont admis que l'existence d'un système d'interception des communications téléphoniques, en vue d'aider la police judiciaire dans le cadre de la procédure pénale, répond à des besoins de défense de l'ordre et de prévention des infractions pénales.²⁷ Plus récemment, dans l'affaire *Matheron*²⁸, la Cour considère les écoutes téléphoniques, réalisées au cours d'une procédure pénale, comme une ingérence

²⁵ Article 8§2 « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

²⁶ Arrêt *Klass*, précité, § 45

²⁷ Arrêt *Malone*, précité, § 81

²⁸ Arrêt *Matheron* c. RF, CEDH, 29 mars 2005, *infra*

visant « à la manifestation de la vérité dans le cadre d'une procédure criminelle » et tendant donc « à la défense de l'ordre. »

Cette jurisprudence de la Cour EDH nous montre que la condition de légitimité est souvent respectée par les États contractants et que le texte de la Convention ne nécessite pas, sur ce point, des précisions supplémentaires. S'agissant en revanche du respect des deux autres exigences de l'article 8§2, à savoir celles de la base légale et de la 'nécessité' de l'ingérence 'dans une société démocratique', les controverses sont fréquentes. C'est la raison pour laquelle la Cour apporte des précisions complémentaires pour mieux encadrer l'ingérence d'une autorité publique dans le droit proclamé.²⁹

B – L'article 13 : le droit à un recours effectif

L'article 13 de la Convention EDH prévoit que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

Dans le domaine des écoutes téléphoniques, et plus généralement de la surveillance secrète, la notion de recours effectif est prise dans un sens étroit.³⁰ Ainsi la Cour estime qu'« un recours effectif doit s'entendre d'un recours aussi effectif qu'il peut l'être eu égard à sa portée limitée, inhérente à tout système de surveillance ».³¹ Les renseignements susceptibles d'être dégagés sur le terrain de l'article 13 sont donc forcément restreints. Ils le sont d'autant plus que la Cour a une propension à traiter, autant que possible, tout grief fondé sur l'article 13 comme un moyen surabondant.³² Parfois critiqué au sein même de la Cour,³³ le principe de l'économie des moyens n'a pas permis de saisir la portée exacte du recours effectif en matière d'écoutes téléphoniques.

²⁹ *infra*

³⁰ L.-E. PETTITI (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme ; commentaire article par article*, précité, p.465

³¹ Arrêt *Klass*, précité, § 69

³² Arrêts *Malone*, *Kruslin*, *Huvig*, précités ; Arrêt *Lambert c. RF* CEDH, 24 août 1998, L.-E. PETTITI, *Les écoutes téléphoniques et la protection de la vie privée*, chronique internationale, Rev .sc. crim. 1998, p.829

³³ Opinion partiellement dissidente des juges Matscher et Pinheiro Farinha sous l'arrêt *Malone*, précité

À titre d'exception, dans l'affaire *Halford*³⁴ la Cour européenne se prononce, après avoir condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 8, sur le grief fondé sur l'article 13. Il s'agit, dans cette affaire, des écoutes pratiquées sur les téléphones de bureau du requérant qui travaille dans les locaux de la police. La Cour rappelle que, sur le fondement de l'article 13, les requérants sont habilités à exiger un recours interne permettant à une instance nationale compétente de connaître le contenu d'un grief fondé sur la Convention et d'offrir un redressement approprié.³⁵ La Cour estime, finalement, que le droit britannique ne contient aucune disposition sur les interceptions d'appels téléphoniques transmis par des réseaux internes de communication, exploités par des autorités publiques et donc conclut que le requérant n'a pu obtenir un redressement devant une instance nationale.³⁶

II – Les précisions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Après avoir reconnu la légitimité de mesures d'écoutes téléphoniques tant administratives (affaire *Klass*) que judiciaires (affaire *Malone*), la Cour EDH met en lumière les conditions de conventionnalité desdites écoutes. Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une ingérence est conforme à la Convention si elle a une base légale appropriée (A) et si elle constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique. (B)

A – L'existence d'une base légale appropriée

L'ingérence d'une autorité publique dans le droit au respect de la vie privée de l'individu doit reposer sur une base légale (§ I) présentant une certaine qualité (§ II).

§ I - L'existence d'une base légale

Sur ce premier point on observe que la Cour retient une conception souple de la notion de loi telle qu'elle figure dans l'article 8§2 et dans d'autres clauses analogues. Il s'agit en effet d'une notion entendue dans une acception matérielle et non formelle.³⁷

³⁴ Arrêt *Halford* c. Royaume-Uni, CEDH, 27 juin 1997, C.GUERRIER, *Les écoutes téléphoniques*, précité, p.261

³⁵ Arrêt *Halford*, précité, § 64

³⁶ *ibid.*, § 65

³⁷ J.-F. FLAUSS, *Écoutes téléphoniques ; le point de vue de Strasbourg*, précité

Ceci étant, sont assimilés à une loi des textes de rang infra législatif et même lorsqu'ils émanent de personnes privées investies par le législateur d'un pouvoir normatif autonome.³⁸ De même la Cour estime qu'une norme internationale à laquelle le droit interne renvoie ou qu'il incorpore, peut sous certaines conditions être qualifiée de loi.³⁹

De plus, pour tenir compte de l'importance que revêt le droit non écrit dans les pays de *common law*, la Cour considère que le droit non écrit est susceptible d'être assimilé à une loi au sens de la Convention.⁴⁰

Finalement, en reconnaissant le rôle considérable de la jurisprudence dans les pays de droit écrit, la Cour européenne estime que « dans un domaine couvert par le droit écrit, la loi est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles ».⁴¹

À la lumière de l'ensemble de cette jurisprudence de la Cour, on peut conclure que l'expression 'prévue par la loi' signifie, tout simplement, que l'ingérence doit avoir une base légale en droit interne.

§ II - Les qualités de la base légale

L'existence d'une base légale en droit interne, seule, ne suffit pas, à l'égard de la Cour, pour être compatible avec la 'prééminence du droit dans une société démocratique'. Cette base légale, autorisant l'interception des conversations téléphoniques, doit également présenter deux qualités : l'accessibilité et la prévisibilité.

La loi est considérée comme suffisamment 'accessible' lorsque l'individu dispose de renseignements suffisants et publics sur les normes juridiques applicables à un cas déterminé, afin d'avoir la possibilité d'ajuster sa conduite en conséquence. Cette condition sera considérée comme non satisfaite lorsque le public n'a pas connaissance de tous les éléments

³⁸ Arrêt *Barthold* c. RFA, CEDH, 25 mars 1985, V.BERGER, *Jurisprudence de la Cour EDH*, précité, p.499

³⁹ Arrêt *Groppera Radio AG* c. Suisse, CEDH, 28 mars 1990, V.BERGER, *Jurisprudence de la Cour EDH*, précité, p.519

⁴⁰ Arrêt *Sunday Times*, c. Royaume-Uni, CEDH, 26 avril 1979, V.BERGER, *Jurisprudence de la Cour EDH*, précité, p.494

⁴¹ Arrêt *Kruslin*, précité, § 29

de la réglementation nationale.⁴² Elle sera par contre considérée comme respectée même si toutes les composantes du droit national n'ont pas fait l'objet d'une publication officielle.⁴³

La loi est 'prévisible' « lorsqu'elle offre une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 (de l'article 8) ».⁴⁴ Cette précision de la Cour ne signifie sans doute pas que la personne mise sur écoute doit être informée si et quand ses communications risquent d'être interceptées mais implique que « la loi doit user de termes assez clairs, pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances, et sous quelles conditions, elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance ».⁴⁵ En d'autres termes la loi doit définir l'étendue et les modalités du pouvoir d'interception avec une netteté suffisante afin de fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire.

Ainsi, dans l'affaire *Klass*, la Cour estime que, dans la mesure où les dispositions de la législation allemande procèdent à des définitions précises, strictes et limitatives des pouvoirs d'investigation des autorités publiques et définissent aussi de façon détaillée les droits des personnes écoutées, la réglementation allemande, dite G 10, ne viole pas l'article 8 de la Convention.

Par contre, dans l'affaire *Malone*, même si la Cour admet l'existence de procédures détaillées concernant les écoutes téléphoniques, elle décide que le droit anglais et gallois n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes dans le domaine considéré.⁴⁶

Enfin, dans les affaires *Huvig* et *Kruslin*, la Cour, tout en considérant l'exigence de 'prévision légale' comme satisfaite, estime que le système français n'offre pas « des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter » ce qui constitue une violation de l'article 8 de la Convention.⁴⁷

⁴² Arrêt *Malone*, précité, § 70

⁴³ C'est ce qui ressort des arrêts *Kruslin* et *Huvig* précités, respectivement § 30 et § 29

⁴⁴ Arrêt *Malone*, précité, § 67

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ *ibid.* § 79

⁴⁷ Arrêts *Kruslin* et *Huvig* précités, respectivement § 36 et § 35

B- La nécessité de l'ingérence dans une société démocratique

C'est, sans doute, sur ce point que la jurisprudence de la Cour EDH apporte ses précisions les plus précieuses et qu'elle apparaît plus exigeante par rapport aux autres conditions relatives aux écoutes téléphoniques. Elle définit en quelque sorte les principes généraux auxquels doit obéir la mesure d'écoutes téléphoniques. Il s'agit des principes relatifs au caractère exceptionnel des écoutes (§ I), au déroulement des écoutes (§ II) et à la procédure postérieure aux écoutes (§ III).

§ I – Sur le caractère exceptionnel des écoutes

Afin d'éviter la banalisation des écoutes téléphoniques, la Cour relie, tout d'abord, la 'nécessité' du recours à l'interception des communications à l'existence d'infractions, commises ou susceptibles de l'être, d'un certain degré de gravité.⁴⁸ De même la Cour insiste sur le caractère subsidiaire des écoutes en impliquant qu'elles ne doivent être utilisées que si les moyens traditionnels d'enquête sont inopérants ou ont conduit à un échec. La surveillance des communications téléphoniques ne peut donc être générale ou exploratoire. Par conséquent la loi doit définir « les catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute »⁴⁹ et la mesure d'écoute ne doit viser qu'une seule poursuite à la fois, autrement dit, elle doit être « personnalisée ».⁵⁰

Finalement, la Cour, toujours dans le souci d'éviter la banalisation des écoutes, indique que l'autorisation de mesure d'écoutes ne doit pas émaner d'une autorité subalterne, ce qui permet de supposer que l'autorisation ne sera pas accordée à la légère.⁵¹

⁴⁸ Arrêt *Klass*, précité, § 51 “ Ainsi, les restrictions licites valent pour les seuls cas où des indices permettent de soupçonner quelqu'un de projeter, accomplir ou avoir accompli certaines infractions graves ... ”

aussi arrêt *Malone*, précité, § 76 et arrêt *Kruslin*, précité, § 20

⁴⁹ Arrêt *Kruslin*, précité, § 35

⁵⁰ Arrêt *Klass*, précité, § 51

⁵¹ *ibid.*

§ II – Sur le déroulement de la procédure des écoutes

La Cour estime, de prime abord, qu'il est nécessaire de limiter la surveillance des communications téléphoniques dans le temps. Il faut donc subordonner la validité des écoutes à la fixation d'une durée maximale, au terme de laquelle la poursuite des opérations de surveillance exigera un renouvellement ou une prolongation en bonne et due forme de l'autorisation initiale.⁵²

L'existence d'un mécanisme de contrôle des opérations d'écoutes est également considérée par la Cour européenne comme une exigence fondamentale.⁵³ Selon la Cour, il s'agit de la contrepartie indispensable à la nature et à la logique de la surveillance secrète, qui, par définition, empêche l'individu d'introduire un recours effectif contre la mesure de mise sur écoute ou de prendre directement part à un contrôle quelconque.

Dans l'affaire *Klass*, la Cour implique « qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits de l'individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière ». ⁵⁴ Ainsi la Cour marque nettement sa préférence pour un contrôle judiciaire sans pourtant l'imposer.

§ III – Sur les garanties postérieures aux écoutes

Il s'agit notamment de la communication des enregistrements à la défense et de l'effacement ou de la destruction desdits enregistrements.

Dans l'affaire *Klass* où il s'agit d'écoutes administratives, la Cour estime qu'«[...] il ne saurait être incompatible avec l'article 8§2 de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance, car c'est précisément cette abstention qui assure l'efficacité de l'ingérence ». En revanche, concernant les affaires *Huvig* et *Kruslin*, cette fois-ci les écoutes étant judiciaires, la Cour, en faisant expressément référence à la « communication à la défense aux fins de

⁵² Arrêt *Kruslin*, précité, § 35

⁵³ Arrêt *Klass*, précité, § 55

⁵⁴ *ibid.*

contrôle éventuel, des enregistrements réalisés »⁵⁵, fait preuve de l'existence d'un droit à l'information et même d'un véritable droit à la communication.⁵⁶

Finalement, concernant le sort des enregistrements, la Cour traduit ces exigences dans les affaires *Huvig* et *Kruslin*, en reprochant au droit français le fait qu'il n'indique en rien «les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. ».⁵⁷ Il est à préciser que, dans lesdites affaires, le juge européen ne procède pas à l'analyse de la condition de 'nécessité' de l'ingérence car le recours est admis sur le fondement de l'absence du caractère prévisible de la base légale. Ainsi, la Cour exige, non seulement, qu'il existe des garanties postérieures aux écoutes, mais également que ces garanties figurent dans la loi, au sens large du terme.

Section 2: Les écoutes téléphoniques et le droit étranger

En 1970, le député M. Mitterrand, ancien ministre de l'Intérieur, exposait à la tribune de l'Assemblée nationale qu'un État se devait, pour sa protection, d'exercer certaines surveillances, mais qu'il se devait aussi, pour garantir les droits des citoyens, d'empêcher les dérives en contrôlant strictement l'activité des intercepteurs. M. Pleven, le Garde des Sceaux de l'époque, répondait qu'il n'existe pas à ce jour dans le monde un seul État qui ait renoncé à faire appel à des écoutes téléphoniques.⁵⁸ S'il est impossible de vérifier ces propos, une étude de droit comparé nous montre que plusieurs États démocratiques, tant européens (II) que non européens (I), jugent nécessaire de limiter le droit au respect de la vie privée, en autorisant la pratique des écoutes téléphoniques.

⁵⁵ Arrêts *Kruslin* et *Huvig*, précités, respectivement § 35, § 34

⁵⁶ J.-F. FLAUSS, *Écoutes téléphoniques ; le point de vue de Strasbourg*, précité

⁵⁷ Arrêts *Kruslin* et *Huvig*, précités, respectivement § 35, § 34

⁵⁸ J.GEORGEL, *Les libertés de communication : contrôle d'identité, écoute téléphonique, vidéosurveillance*, Dalloz, 1996, p.64

I – Les références étrangères

Bien que hors du champ de notre étude, il apparaît utile d'observer les législations des deux grands pays, à savoir les États-Unis (A) et le Japon (B), dans la mesure où ils constituent deux grandes démocraties dans le contexte actuel.

A) Les États-Unis

Le droit des États-Unis est caractérisé par l'existence d'un *right of privacy*, qui a une origine doctrinale et qui, après avoir été consacré par les juridictions et les lois d'un grand nombre d'États, a été élevé au rang de droit constitutionnel par la Cour suprême des États-Unis.⁵⁹ Quant au secret des correspondances téléphoniques, il s'est inséré dans la notion de *right of privacy* en 1967 avec un arrêt de la Cour suprême, concernant une affaire d'écoutes téléphoniques ordonnées par le F.B.I.⁶⁰ En effet, la Cour estime, dans cet arrêt, que l'interception des télécommunications doit être assimilée aux perquisitions visées par le 4^{ème} amendement de la Constitution,⁶¹ et qu'elle doit avoir lieu, pour être licite, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, et dans les conditions de temps, de lieu et d'individualisation des personnes prescrites pour ces perquisitions.

Actuellement, les écoutes de télécommunications judiciaires sont régies par le titre 18 du code des États-Unis. Au niveau fédéral ou au niveau des États, les tribunaux autorisent souvent le recours à des interceptions téléphoniques pour empêcher la commission d'actes criminels et recueillir les preuves dans le domaine des crimes et des associations de malfaiteurs. Afin d'éviter la banalisation des écoutes, une liste d'infractions, justifiant le recours à la procédure d'écoutes, est dressée.⁶² Il est, par ailleurs et toujours avec le même souci, établi des contingents, limitant le nombre des écoutes, sur l'estimation de *l'Attorney general* (ministre de la Justice).

⁵⁹ P.KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit ; protection du secret de la vie privée*, précité, p.91

⁶⁰ *Katz v. EU*, 12 décembre 1967, Cour suprême des EU, F.RIGAUX, *L'élaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine*, Rev. intern. dr. comp., 1980, p.701

⁶¹ « Le droit des citoyens d'être garantis dans leur personne, leur domicile, leurs papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou déclaration, ni sans que le mandat décrive particulièrement le lieu à perquisitionner et les personnes ou les choses à saisir. »

⁶² Titre 18, partie 1^{er}, chapitre 119, § 2516. Il s'agit d'une liste extrêmement détaillée.

Le système américain présente plus d'originalité s'agissant non plus des écoutes judiciaires mais de celles de sécurité. Pendant des décennies, ces écoutes de sécurité ont trouvé une base juridique dans les décrets du Président des États-Unis où dans les règlements des administrations fédérales, assimilés aux décrets-lois. Une loi, définissant le domaine et les modalités desdites écoutes, a cependant été adoptée en 1978 : la *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA).⁶³ L'objectif de cette loi est d'obtenir les informations concernant les activités de renseignements d'une puissance étrangère, ce qui correspond à la nécessité de protéger la sécurité des États-Unis. La FISA définit les motifs légaux des interceptions avec les termes généraux ; il s'agit de la prévention des attaques avérées ou possibles, du terrorisme international ou encore des activités clandestines susceptibles de nuire aux États-Unis et de profiter à des services de renseignements étrangers. Les demandes d'autorisation sont élaborées par les agents fédéraux qui adressent une demande de surveillance au juge compétent.⁶⁴ La demande n'a aucun fondement juridique si elle ne reçoit pas l'agrément de l'*Attorney general*, dont le rôle est d'examiner les demandes correspondant aux motifs légaux.⁶⁵ Si les demandes d'autorisation sont soumises à l'agrément du ministre de la Justice, ce sont les juges, auprès des *FISA Court*, qui délivrent les ordonnances. La durée prévue pour les autorisations d'interceptions ne peut dépasser trois mois mais elle toutefois est renouvelable.⁶⁶

Telle était la législation américaine en matière d'écoutes de sécurité jusqu'aux attentats de 11 septembre 2001. Après cette date mémorable, une loi intitulée symboliquement *USA Patriot Act*⁶⁷ est votée par le Congrès des États-Unis et signée par le Président des États-Unis, le 26 octobre 2001. Cette loi, renforçant énormément les pouvoirs des différentes agences gouvernementales des États-Unis (FBI, CIA, NSA et l'armée), apporte des modifications importantes concernant l'application des mesures d'écoutes téléphoniques. La mise sur écoute de tout appareil de communication utilisé par toute personne en rapport, de près ou de loin, avec un présumé terroriste, est désormais possible sans l'autorisation

⁶³ La loi sur la surveillance des activités de renseignements extérieurs.

⁶⁴ Article 103 de la loi

⁶⁵ Article 104 (a) de la loi

⁶⁶ Article 105 (d) de la loi

⁶⁷ « *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* » ou en français « *Loi pour unir et renforcer l'Amérique en fournissant les outils appropriés pour déceler et contrer le terrorisme* ».

préalable d'une FISA Court, ce qui représente, sans doute, des dangers graves pour les libertés individuelles. La situation est encore plus préoccupante que le ministère de la Justice a autorisé, le 2 octobre 2001, l'écoute et l'enregistrement de conversations entre les détenus en préventive soupçonnés d'activités terroristes et leur avocat. Le *Patriot Act*, étant considéré comme une loi d'exception, n'était valable que pour quatre années. Or, en juillet 2005, la Chambre des représentants et le Sénat ont approuvé, à une large majorité, la prolongation de l'application des mesures du *Patriot Act*.⁶⁸

B) Le Japon

La Constitution japonaise de 1946 ne prévoit pas expressément le droit au respect de la vie privée. Elle dispose, par contre, dans son article 35⁶⁹, du droit au respect du domicile et de la correspondance et dans son article 21⁷⁰, du droit de parole et de l'interdiction de la violation du secret des moyens de communication.

Jusqu'à une date récente, la mesure d'écoutes téléphoniques n'était pas réglementée en droit japonais, elle était censée ne pas exister. Or, une loi, adoptée le 1^{er} juin 1999 par la Chambre des représentants et le 12 août 1999 par la *Diète* japonaise, et entrée en vigueur le 1^{er} juin 2000, autorise désormais les écoutes des correspondances privées transmises par la voie des télécommunications (téléphone, fax, e-mail) dans le cadre des enquêtes judiciaires.

La loi prévoit l'interception des correspondances téléphoniques et des messages électroniques sur autorisation d'un juge dans le cadre d'enquêtes pénales sur des infractions graves et limitativement énumérées :⁷¹ Il s'agit du trafic de stupéfiants ; du trafic d'armes, du

⁶⁸ Quatorze des seize dispositions du *Patriot Act* ont été rendues permanentes. Les deux autres dispositions, concernant les écoutes téléphoniques et l'accès aux fichiers personnels comme les emprunts dans les bibliothèques, ont été prolongées pour 10 années, alors qu'une série d'amendements ont été adoptés pour apporter des garanties dans l'application de la loi.

⁶⁹ « Le droit de chacun à l'intégrité du foyer, de la correspondance et des effets à l'abri des perquisitions, recherches et saisies ne peut être enfreint en l'absence d'un mandat valablement motivé décrivant, en particulier, le lieu soumis à perquisition, les choses sujettes à saisie, ou dans les conditions prévues à l'article 33.

Chaque perquisition ou saisie doit faire l'objet d'un mandat distinct délivré par un magistrat. »

Et article 33 prévoit que « Nul ne peut être appréhendé que sur mandat d'arrêt délivré par un magistrat » compétent, spécifiant le délit ou le crime dont l'intéressé est accusé, à moins qu'il ne soit surpris en flagrant délit.

⁷⁰ « Est garantie la liberté d'assemblée et d'association, de parole, de presse et de toute autre forme d'expression.

Il n'existe ni censure, ni violation du secret des moyens de communication. »

⁷¹ CNCIS, 8^{ème} rapport d'activité 1999, La Documentation française, 2000, p. 65

meurtre en groupe organisé et de l'immigration clandestine. Seul un commissaire de police avec l'autorisation du chef de la police locale est habilité à en présenter la demande. Un mandat d'un juge doit être impérativement délivré préalablement à la mesure. Ce mandat est valable dix jours et ne peut être renouvelé qu'une seule fois. Pour une interception légale, les conditions suivantes doivent être réunies :

- L'existence de soupçons qu'une infraction a été commise ou va être commise et que cette infraction est organisée par plus de deux personnes ;
- Qu'il y ait des indices raisonnables de penser qu'un instrument de communication spécifique est susceptible d'être utilisé pour favoriser la commission de l'infraction ;
- Qu'il soit très difficile d'identifier les délinquants ou d'établir des aspects spécifiques de l'infraction par d'autres moyens.

La loi pose également des règles concernant la procédure d'interception. Ainsi, lors de l'interception, la présence d'un technicien d'une entreprise publique des télécommunications est obligatoire. L'interception doit être réduite au minimum. Cela suppose que lorsque la conversation ne concerne pas directement l'infraction, l'enquêteur doit interrompre la surveillance. Afin de protéger le secret professionnel et les droits de la défense, la loi implique que les médecins et les avocats ne peuvent être écoutés. Les ministres du culte sont également compris dans la liste de personnes protégées.

La loi japonaise contient, finalement, des garanties importantes relatives à la procédure postérieure aux interceptions. Ainsi, elle prévoit que l'original de l'enregistrement doit être conservé et tout ce qui n'est pas en rapport avec l'infraction doit être supprimé des pièces à conviction. De même, les parties objets de l'interception doivent être informées de l'existence de celle-ci, trente jours après la fin de l'interception. Ce délai peut toutefois être prolongé par le juge qui a délivré le mandat. Par ailleurs les personnes écoutées ont un droit d'accès aux enregistrements les concernant et peuvent en avoir la copie intégrale.

Ainsi résumée, la législation japonaise, en matière d'écoutes téléphoniques, semble être susceptible de protéger les libertés individuelles contre l'arbitraire. Puisqu'elle définit, avec précision, les conditions de fond et de forme ainsi que les garanties protectrices concernant toute la procédure d'interception. Ce qui est encore remarquable c'est que la loi fixe une durée très courte pour les interceptions et qu'elle exige que la personne écoutée soit informée de mesure d'interception après la fin de celle-ci. Il faut, pour finir, ajouter qu'une

révision constitutionnelle, visant notamment à insérer, dans la Constitution, les dispositions concernant la protection de la vie privée, est à l'ordre du jour au Japon.⁷²

II- Les références européennes

La nécessité du recours à des écoutes téléphoniques est également reconnue au niveau européen. La législation en la matière ainsi que l'ancienneté de celle-ci, se différencient selon la culture juridique des pays. Nous examinerons les législations de l'Espagne (A) qui n'autorise que les écoutes judiciaires, de l'Italie (B) et de la Turquie (C), les pays où sont pratiquées les écoutes judiciaires mais également les écoutes administratives ou de sécurité.

A) L'Espagne

Le secret des correspondances téléphoniques est protégé par la Constitution espagnole de 1978. En effet, l'article 18§3 du texte fondamental prévoit que « Le secret des communications et, en particulier, des communications postales, télégraphiques et téléphoniques est garanti, sauf décision judiciaire. »⁷³ Ainsi, cet article n'admet comme exception que les interceptions judiciaires. Celles-ci sont organisées par l'article 579 du code de procédure pénale modifié par la loi organique du 25 mai 1988.

Aux termes dudit article, le juge d'instruction peut autoriser l'interception des communications téléphoniques de la personne poursuivie s'il y a des indices permettant de penser pourront être ainsi découverts ou prouvés certains faits ou circonstances importantes de l'affaire. En outre, peuvent faire l'objet de surveillance d'une part les lignes de toutes personnes à l'encontre desquelles sont réunies des indices de responsabilité pénale ou d'autre part celles de tiers, si elles sont utilisées par les délinquants pour la réalisation de leurs fins frauduleuses. Dans ces cas, la loi limite la durée de l'interception à trois mois, renouvelable

⁷² Mi-avril 2005, le Comité de révision de la constitution de l'assemblée parlementaire japonaise a émis un avis définitif sur les questions fondamentales qui s'affrontent à la constitution japonaise et le remis au président de l'assemblée nationale. Lesdites questions concernent notamment la sécurité nationale, l'environnement et la protection de la vie privée.

⁷³ En revanche, l'article 55§1 de la Constitution espagnole prévoit, en cas d'état d'exception ou d'état de siège, la possibilité de suspendre les garanties mentionnées dans l'article 18§3. 2^{ème} alinéa de l'article 55 précise, quant à lui, qu'une loi organique détermine les conditions dans lesquelles intervient la suspension desdites garanties, à l'égard de certaines personnes, pendant les enquêtes sur l'action de bandes armées ou de terroristes.

pour le même délai et dans les mêmes formes. En cas d'urgence et pour établir les preuves d'infractions en relation avec l'activité de bandes armées ou le terrorisme, des écoutes peuvent être ordonnées par le ministre de l'Intérieur ou, à défaut, par le directeur de la sécurité de l'État. Le juge compétent doit alors être aussitôt saisi et il lui appartient de confirmer ou non cette mesure dans le délai de 72 heures.

Dans tous les cas, la décision doit indiquer l'objet de l'interception, les numéros de téléphones concernés et l'identification des personnes cibles. L'indication de ces éléments, dans le corps de la décision, a pour but d'interdire la mise en place d'interceptions avant la commission de délits, c'est-à-dire d'interceptions de prospection. Au-delà de ces éléments propres aux personnes surveillées, elle doit également désigner les agents qui procéderont aux opérations, la méthode de travail qu'ils devront employer ainsi que les dates des comptes rendus.

En cas de saisine, la Cour de cassation procède à un contrôle de proportionnalité en prenant en considération l'adéquation de la mesure à la réalisation de l'objectif poursuivi, l'exclusion de moyens moins attentatoires pour la personne concernée et la proportionnalité entre le sacrifice d'un droit fondamental et le bénéfice recherché.

Une fois les enregistrements réalisés, ils doivent être remis au juge dans les meilleurs délais. Il lui appartient, ensuite, de déterminer les passages utiles à l'instruction de l'affaire et d'exclure ceux sans intérêt. Dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, les correspondances sélectionnées par le juge pourront ultérieurement être utilisées lors du procès.

Il convient d'ajouter que le droit espagnol, en matière d'écoutes téléphoniques, a déjà fait l'objet des arrêts de la Cour EDH. Dans l'arrêt *Valenzuela Contreras*⁷⁴, concernant les écoutes téléphoniques ordonnées par un juge d'instruction mais réalisées avant l'entrée en vigueur de la loi organique du 25 mai 1988, la Cour, tout en acceptant l'existence d'une base légale en droit espagnol, à savoir l'article 18§3 de la Constitution, estime que « le droit espagnol, écrit ou non écrit, n'indiquait pas avec assez de clarté au moment des faits l'étendue

⁷⁴ Arrêt *Valenzuela Contreras* c. Espagne, CEDH, 30 juillet 1998, L.-E. PETTITI, *Les écoutes téléphoniques et la protection de la vie privée, précité*, p.831

et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. [...] »⁷⁵ et conclu donc à l'absence de prévisibilité de la loi.

Dans une autre affaire plus récente, *Prado Bugallo*⁷⁶, la Cour européenne indique que les garanties introduites par la loi organique du 25 mai 1988 précisant les modalités de contrôle de la mise sur écoute des conversations téléphoniques ne répondent pas à toutes les conditions exigées par la jurisprudence de la Cour pour éviter les abus et ajoute que la loi s'avère insuffisante à cet égard, s'agissant en particulier des infractions pouvant donner lieu aux écoutes et des conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées.⁷⁷ En fait, le Tribunal suprême espagnol, dans une décision du 18 juin 1992, avait souligné les lacunes et les insuffisances de la législation existant en Espagne et avait ainsi établi une liste de principes supplémentaires, en prenant en considération la jurisprudence de la Cour EDH. Dans sa décision, la Cour a, en se référant à la décision du Tribunal suprême, toutefois conclu à la violation de l'article 8 de la Convention au motif que cette évolution jurisprudentielle soit intervenue après les ordonnances du juge d'instruction autorisant la mise sur écoute des personnes concernées.⁷⁸

B) L'Italie

Le droit au respect de la correspondance est garanti par l'article 15 de la Constitution italienne, aux termes duquel « La liberté et le secret de la correspondance et de toute autre forme de communication sont inviolables. Leur limitation ne peut se produire que par un acte motivé de l'autorité judiciaire et avec les garanties établies par la loi. »

Les écoutes judiciaires sont régies par les articles 266 et suivants du code de procédure pénale issus de la loi du 22 septembre 1988. En réalité, c'est l'enregistrement de toutes conversations et de toutes autres formes de communications y compris télématiques ou informatiques qui peut être autorisé. Aux termes de la loi, l'interception d'une conversation peut être effectuée en tous lieux sous réserve du respect de l'inviolabilité du domicile. Cependant, même dans un domicile, l'interception peut être autorisée s'il existe un motif

⁷⁵ § 61

⁷⁶ Arrêt *Prado Bugallo* c. Espagne, CEDH, 18 février 2003

⁷⁷ *ibid.*, § 30

⁷⁸ *ibid.*, § 32

fondé de considérer que l'activité criminelle est en train de s'y exercer. Les infractions pour la répression desquelles les interceptions sont possibles sont les suivantes :

- les délits pour lesquels il est prévu une peine d'emprisonnement à vie ou d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans, à l'exception des délits par imprudence ;
- les délits contre l'administration publique, punis d'une peine dont le maximum n'est pas inférieur à cinq ans ;
- les délits concernant le trafic de stupéfiants ou de psychotropes ;
- les délits relatifs aux armes et aux explosifs ;
- les délits de contrebandes ;
- les infractions d'injures, de menaces, d'usure, d'activité financière abusive, de dérangements ou perturbation des personnes au moyen du téléphone.

La décision d'interception est prise à la demande du ministère public par le juge de l'enquête préliminaire⁷⁹ qui apprécie les nécessités de l'interception au regard de la preuve de l'activité criminelle, ensuite le ministère public fixe les modalités et la durée de l'opération. La durée de l'interception ne peut excéder quinze jours, elle est cependant renouvelable par décision motivée du juge. En cas d'urgence, la décision de mise sur écoute peut être prise dans les mêmes formes par le ministère public. Dans ce cas, la mesure doit être communiquée au juge immédiatement et en tous cas dans les 24 heures. Celui-ci dispose de 48 heures pour soit confirmer cette décision, soit l'infirmer, auquel cas l'interception est interrompue.

Il appartient ensuite au juge de contrôler l'exécution de l'opération, l'enregistrement et l'usage des transcriptions. Il détermine également, à la demande des parties ou d'office, les enregistrements qui doivent faire l'objet d'une transcription et ceux doivent être détruits. La loi précise, finalement, que ne peuvent être utilisées les interceptions de conversations de ministres des cultes, d'avocats ou d'avoués, de médecins et autres professionnels médicaux ainsi que toutes les personnes auxquelles la loi permet de ne pas témoigner en raison de leur secret professionnel.

Jusqu'à une date récente, la législation italienne n'envisageait les interceptions téléphoniques que dans le cadre de procédures judiciaires. Or, suite aux attentats de 11 septembre 2001, le gouvernement italien a fait voter, fin 2001⁸⁰, des lois de réforme de ses

⁷⁹ *Giudice per le indagini preliminari*

⁸⁰ Les lois des 14 et 15 décembre 2001.

services de renseignements afin de leur permettre de procéder à des écoutes téléphoniques. Ainsi, pour lutter contre le terrorisme, les agents des services secrets civils et militaires ainsi que les commandants de la police nationale sont désormais autorisés de procéder à des écoutes téléphoniques et électroniques préalables, sous l'entière responsabilité du ministère public, pendant un période raisonnable.

Contrairement à celle espagnole, la législation italienne n'a pas fait l'objet d'une analyse complète de la Cour EDH. En ce sens, l'affaire *Craxi*⁸¹, entraînant la condamnation de l'Italie, ne remet pas expressément en cause la législation italienne. L'affaire concerne la lecture en audience et la divulgation dans la presse des transcriptions réalisées suite à l'interception des conversations du requérant.⁸²

Concernant la divulgation des transcriptions, la Cour européenne, tout en insistant sur l'importance de la liberté d'expression et plus particulièrement de la liberté de la presse, estime néanmoins qu'une partie des conversations publiées dans la presse est de nature purement privée et que la publication ne correspond pas à une nécessité sociale. Elle précise par ailleurs que l'article 8 de la Convention ne se borne pas à interdire aux États de telles ingérences : au-delà de cette obligation négative, il incombe également aux États de prendre des mesures pour une protection effective de la vie privée.⁸³ La cour reproche ainsi aux autorités italiennes de ne pas prendre les mesures nécessaires pour empêcher des révélations de nature privée et pour remédier à la situation.

La Cour est également unanime dans l'appréciation négative de l'attitude des autorités italiennes pendant l'audience où certaines transcriptions des écoutes ont été lues. L'arrêt observe, en fait, que la législation italienne offre « une garantie substantielle » au droit considéré par l'article 8 de la Convention EDH, assurant à la défense la connaissance des communications écoutées et en même temps prévoyant une procédure contradictoire mais non publique.⁸⁴ Pourtant, dans l'affaire du métro milanais la sélection des conversations avait eu lieu à l'audience publique, sans qu'aucune explication n'ait été donnée des raisons du défaut

⁸¹ Arrêt *Craxi* c. Italie, CEDH, 17 juillet 2003, (publié seulement en anglais), Dalloz, 2004, jurisprudence, p. 2537, obs. G. MANTOVANI ; JCP 2004.I.107, chronique F.SUDRE

⁸² M. Craxi, l'ancien Premier ministre italien étant condamné pour corruption à l'occasion des travaux du métro milanais.

⁸³ § 73

⁸⁴ § 79

de recours à ladite procédure. Dans ces conditions, l'ingérence n'est pas « prévue par la loi », car les autorités n'ont pas suivi les procédures légales concernant la lecture des procès-verbaux.⁸⁵ En l'espèce, pour les juges de Strasbourg, la violation de la Convention découle de l'inobservation de la loi nationale et non d'un défaut de la législation elle-même.

Il faut, pour conclure, ajouter que l'Italie n'a pas une bonne réputation, concernant le nombre des écoutes téléphoniques mais également les personnes mises sur écoute, devant l'opinion publique, ce qui est d'ailleurs révélé souvent par la presse.⁸⁶

C) La Turquie

Le secret des correspondances est garanti par l'article 22 de la Constitution turque de 1982.⁸⁷ Aux termes de cet article relativement détaillé, l'exercice des droits protégés peut être limité dans le but de préserver la sécurité nationale, l'ordre public, la santé publique, la morale publique ou de protéger les droits et libertés d'autrui ou de la prévention de la commission des crimes. Dans tous les cas, les limitations doivent être ordonnées par la décision d'un juge. En cas d'urgence, l'autorité compétente prévue par la loi, peut délivrer une décision qui doit être soumise, dans les 24 heures, à l'approbation du juge. Celui-ci à 48 heures pour confirmer ou infirmer ladite décision.

Il faut, tout de suite, préciser qu'avant la révision constitutionnelle du 3 octobre 2001, l'article considéré n'énonçait que le droit au respect de la correspondance et n'ajoutait que les exceptions doivent être prévues par la loi et ordonnées par un juge. Ceci étant, en l'absence de dispositions plus spécifiques, les juges se sont appuyés pendant longtemps, pour ordonner les écoutes téléphoniques, sur l'ancien article 91 du code de procédure pénale qui permettait l'interception des courriers, communications télégraphiques et envois postaux adressés aux inculpés. Or, la Turquie a adopté, dans une loi du 29 juillet 1999 relative à la lutte contre la criminalité organisée, une première série de dispositions prévoyant des mesures de surveillance de communications électroniques. Par la suite et enfin, le Parlement turc a

⁸⁵ § 82

⁸⁶ R. HEUZE, Écoutes téléphoniques : la classe politique transalpine en émoi, *Le Figaro*, 2 août 2005

J-J. BOZONNET, *En matière d'écoutes téléphoniques, l'Italie détient un solide record d'Europe!*, *Le Monde*, 23 février 2005

⁸⁷ Modifié le 3 octobre 2001, l'article 22 est intitulé « la liberté de communication » et placé sous le titre IV portant sur le secret et la protection de la vie privée.

adopté, le 4 décembre 2004⁸⁸, une loi portant réforme du code de procédure pénale et ainsi introduit dans la législation turque des dispositions spécifiques à la mise en place des écoutes téléphoniques.

Actuellement, ce sont les articles 135 à 138 du code de procédure pénale qui régissent la procédure des écoutes téléphoniques. La décision de l'interception est prise par le juge, dans le cadre de l'instruction judiciaire mais également dans le cadre de l'enquête préliminaire. En cas d'urgence, le procureur peut déclencher la mesure de surveillance. Celle-ci doit être confirmée dans les 24 heures par décision du juge. À défaut, au terme de ce délai, ou en cas de décision contraire du juge, l'interception doit être immédiatement supprimée. La décision d'interception doit reposer sur des indices concrets caractérisant les soupçons. D'autre part, l'interception n'est possible que lorsqu'il n'y a pas d'autres moyens pour obtenir des preuves. La décision de l'interception doit comporter l'identité de la personne mise sur écoute, le motif de l'interception, le numéro de la ligne ainsi que la durée de l'interception. La décision de l'interception peut être donnée pour une durée de trois mois, renouvelable une seule fois.⁸⁹ Les mesures de surveillance téléphonique peuvent viser tant les inculpés que les soupçonnés. Les lignes du domicile et du bureau d'un avocat ne peuvent être mises sur écoute. De même, les conversations entre l'inculpé ou soupçonné et les personnes qui peuvent refuser de comparaître en tant que témoin ne peuvent être enregistrées.

Le nouveau code de procédure pénale turc énumère les crimes pouvant justifier le recours aux écoutes téléphoniques. Il s'agit des crimes suivants : de l'immigration clandestine et du commerce de personnes ; de l'homicide volontaire ; des tortures ; des agressions sexuelles ; de l'abus sexuel des enfants et des femmes ; du trafic et du commerce des stupéfiants ; de la contrefaçon de monnaie ; de la création des associations de malfaiteurs ; des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ; de la corruption ; du détournement ; du blanchiment ; du trafic d'armes ; de la participation à des organisations armées ; des atteintes aux secrets l'État et de l'espionnage ; et des crimes dans le cadre de la loi relative à la protection des biens culturels et naturels.

⁸⁸ Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2005

⁸⁹ Cependant, s'il s'agit d'un crime organisé, la durée peut être renouvelée plusieurs fois, pour une période d'un mois maximum

La législation turque prévoit également les garanties entourant l'exécution de l'interception. Si l'autorité compétente, en matière de décision, est le juge d'instruction, c'est le procureur de la République qui assure le bon déroulement de l'opération d'interception. En effet, pour la mise en place du dispositif, le procureur ou la personne qu'il aura déléguée adresse une requête aux fins d'exécution de l'interception aux agents compétents des opérateurs de télécommunications. Un procès-verbal mentionnant la date, l'heure du début et celle de la fin des enregistrements doit être établi. Par la suite, les agents, chargés par le procureur, procèdent à la transcription des enregistrements. Si, au cours de ces procédures, les soupçons qui ont justifié la mise sur écoute s'avèrent infondés, le procureur de la République fait cesser la mesure. Dans ce cas, les enregistrements sont détruits sous son contrôle dans le délai de dix jours et il en est dressé procès-verbal. Finalement, en cas de destruction des enregistrements ou des transcriptions, le parquet informe l'intéressé du motif, de la durée et du résultat de la mesure, dans le délai de quinze jours suivant la fin de la phase d'enquête.

Ainsi, jusqu'à une date très récente, le droit turc ne prévoyait que les écoutes judiciaires qui ont un caractère répressif. Or, avec une loi, intervenue le 3 juillet 2005, le législateur turc a introduit, dans le code de pouvoirs et missions de la police, une série de dispositions permettant la mise en place des écoutes préventives. Aux termes de la loi, il s'agit d'accroître les pouvoirs de la police afin qu'elle puisse obtenir des renseignements nécessaires pour préserver l'intégrité du territoire, l'ordre constitutionnel et la sécurité générale du pays. Ceci étant, le champ d'applications des interceptions possibles est visiblement large. En effet, la loi mentionne, tout d'abord, deux motifs justifiant le recours à des mesures d'écoute : le trafic et le commerce de stupéfiants, dans le cadre des activités d'une organisation ; et les crimes commis avec usage de la force ou de la menace, toujours dans le cadre des activités d'une organisation. La loi se réfère, ensuite, aux dispositions du code pénal concernant les crimes contre la nation et l'État. Ces écoutes de sécurité peuvent être ainsi utilisées pour la prévention d'une centaine de crimes définis dans le code pénal.

Quant à la prise de décision, il appartient toujours au juge judiciaire de décider une interception. En cas d'urgence, le chef de la police nationale ou le président du service de renseignements est habilité de prendre ladite décision. Celle-ci doit être soumise à l'approbation du juge dans les 24 heures. La forme de la décision est la même que celle exigée pour les interceptions judiciaires. La durée maximum des interceptions est de trois mois, renouvelable trois fois, pour des périodes de trois mois. L'exécution des opérations est

réalisée par les agents du service de renseignements. Les enregistrements ainsi réalisés sont détruits dans le délai de dix jours après la cessation de la mesure. Il en est dressé procès-verbal. Toutes ces opérations se réalisent sous le contrôle des inspecteurs de la police nationale mais également sous le contrôle de la personne ou de la commission spécialement déléguée par le Premier ministre.

Ainsi résumée, la législation turque, en matière d'écoutes téléphoniques, appelle quelques observations. Concernant les écoutes judiciaires, il semble qu'un certain équilibre entre les libertés individuelles et l'intérêt général soit établi, dans la mesure où la loi prévoit des garanties principales, exigées d'ailleurs par la Cour européenne des droits de l'homme. Concernant, en revanche, les écoutes de sécurité, le souci de préserver l'ordre public semble prévaloir sur le respect de la vie privée. Puisque la loi, ayant un champ d'application assez large, ne prévoit aucun contingent impliquant le nombre maximum des écoutes susceptibles d'être réalisées simultanément. De même, la loi ne comporte aucune disposition visant à protéger le secret professionnel et les droits de la défense. Finalement, le contrôle prévu par la loi, sur les opérations effectuées par des agents, semble loin d'être efficace contre les abus.

Chapitre 2^{ème} : Le régime juridique des écoutes téléphoniques en France

Nous avons essayé d'exposer l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme et du droit étranger en matière d'écoutes téléphoniques, ce qui nous permettra de mieux observer le dispositif français en la matière. Pour ce faire, il paraît indispensable de distinguer deux époques différentes dont le tournant se situe à la condamnation de la France par la Cour EDH : la situation antérieure à la loi du 10 juillet 1991 (section 1) ; la loi du 10 juillet 1991 et le régime juridique des interceptions téléphoniques (section 2).

Section 1 : La situation antérieure à la loi du 10 juillet 1991

Avant l'adoption de la loi du 10 juillet 1991, les écoutes téléphoniques tant judiciaires qu'administratives étaient réalisées sur la base de textes très minces (I). Si la Cour de cassation a admis la licéité des écoutes judiciaires sur la base du code de procédure pénale, la légitimité des écoutes administratives a été longtemps contestée dans la mesure où elles étaient régies par une circulaire non publiée. Le législateur, n'ayant pas une véritable volonté de réglementer le domaine des écoutes téléphoniques, n'est intervenu qu'après la condamnation de la France par la Cour EDH (II).

I – La carence législative

Même si les écoutes téléphoniques n'avaient pas une base juridique solide en droit interne, le juge d'instruction français ainsi que les autorités administratives, n'ont pas hésité à recourir à ce moyen, pour la recherche de la vérité dans le cadre de l'instruction judiciaire ou pour assurer la sécurité de l'État (A). Les deux commissions d'étude créées, l'une en 1973, l'autre en 1981, n'ont pas conduit le législateur à combler cette carence législative (B).

A) Une base légale fragile, une jurisprudence lacunaire

En l'absence de référence explicite (§ I), la jurisprudence a tenté de combler les lacunes du dispositif français (§ II).

§ I – L’absence de référence légale

Seront envisagées successivement les écoutes judiciaires (a) et les écoutes administratives (b).

a) Les écoutes judiciaires

En ce qui concerne les écoutes téléphoniques judiciaires, la seule base juridique était l’article 81§1 du Code de procédure pénale⁹⁰ qui ne faisait cependant pas de référence explicite aux écoutes téléphoniques. Pourtant, le juge du fond a, depuis longtemps, admis la licéité de l’interceptions de conversations téléphoniques ordonnées par le juge d’instruction, en assimilant les écoutes judiciaires à la saisie des correspondances écrites.

Ainsi, un jugement rendu par le Tribunal correctionnel de la Seine, le 13 février 1957, semble être le premier à admettre la licéité d’écoutes opérées par un officier de police judiciaire sur commission rogatoire d’un juge d’instruction.⁹¹ Par la suite, par un arrêt du 7 juin 1960, la Cour d’appel de Poitiers s’est prononcée dans le même sens en admettant la validité des écoutes téléphoniques, ordonnées par le juge d’instruction pour une durée de quinze jours.⁹² Cette position du juge du fond, sur la reconnaissance de la licéité des écoutes téléphoniques, est confortée par la jurisprudence ultérieure.⁹³

La Cour de cassation, quant à elle, semble plus hésitante que les juridictions du fond. Dans l’arrêt *Imbert*⁹⁴ où il s’agit de l’interception des conversations téléphoniques par un

⁹⁰ « Le juge d’instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d’information qu’il juge utiles à la manifestation de la vérité. »

⁹¹ Trib. corr. Seine, 13 février 1957, JCP, 1957.II.10069 « (la police) n’avait fait qu’agir dans la limite licite de recherche des preuves, sur commission rogatoire délivrée par le juge d’instruction” et qu’il n’y avait, en l’espèce ni “guet-apens” ni “provocation” »

⁹² CA de Poitiers, 7 juin 1960, JCP, 1960.II.11599, note P.CHAMBON, « Le procédé de l’écoute téléphonique, utilisé par le juge d’instruction au cours d’une information, analogue dans son principe à la saisie de correspondance, ne s’oppose lui-même à aucune notion fondamentale de notre droit ».

⁹³ Trib. corr. Seine, 30 octobre 1964, Dalloz, 1965 jurisprudence, p.423

Pour une analyse complète de la jurisprudence voir P.KAYSER, *L’interception des communications téléphoniques par les autorités française*, Mélanges J.VINCENT, Dalloz, 1981, p.177 ; article paru également dans, *Jalons d’une recherche émérite, écrits de P.KAYSER (de 1981 à 2001)*, PUAM, 2003, p.61

⁹⁴ Cass. crim. 12 juin 1952, *Imbert*, JCP 1952.II.7241, note J.BROUCHOT

policier ayant persuadé le témoin de téléphoner à l'intéressé, en lui préparant une sorte de questionnaire pour le guider, la Cour estime que « l'opération exécutée dans de telles conditions doit être considérée comme nulle ; qu'en effet elle a pour but et pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ne saurait méconnaître sans compromettre les droits de défense. » Dans une autre affaire, la Chambre civile condamne l'utilisation d'une table d'écoute installée pour découvrir l'auteur d'appels téléphoniques injurieux et répétés. Par sa décision, la Cour estime en effet que l'opération, bien qu'exécutée par la police sur demande du juge d'instruction, est contraire aux « règles de la procédure pénale et les garanties essentielles aux droits de la défense. »⁹⁵ C'est donc avec l'arrêt *Tournet*⁹⁶ que la Cour suprême reconnaît, de manière expresse, au juge d'instruction la possibilité d'ordonner par voie de commission rogatoire la mise sur écoute du domicile d'un inculpé. La Cour précise, en effet, que « l'opération critiquée [...] a été accomplie [...] sans qu'aucun artifice ou stratagème ait été mis en œuvre ; qu'en outre, aucun élément ne permet d'établir que le procédé ainsi employé eut pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense ; qu'ainsi et alors que l'article 81 du Code de procédure pénale habilite le juge d'instruction à procéder à tous actes d'information jugés par lui utiles à la manifestation de la vérité, il apparaît qu'aucun principe de droit ni aucune disposition légale n'ont été violés. »

C'est ainsi que l'article 81§1 du Code de procédure pénale, en dépit de l'absence de référence explicite, a été considéré comme la base légale des écoutes téléphoniques judiciaires d'abord par les juridictions du fond puis, par la suite, par la Cour de cassation.

b) Les écoutes administratives

« Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'administration française a hérité du réseau d'écoutes téléphoniques installé dans les égouts parisiens par la Gestapo pendant l'occupation allemande. Jusqu'en 1960 les divers services intéressés, voir de simples particuliers, utilisaient vraisemblablement ces moyens, apparemment sans contrôle réel, dans la plus grande dispersion. »⁹⁷ Telle était la situation des écoutes administratives jusqu'en

⁹⁵ Cass. civ. 18 mars 1955, Dalloz, 1955, jurisprudence, p.573, note R.SAVATIER

⁹⁶ Cass. crim. 9 octobre 1980, *Tournet*, Dalloz, 1981, jurisprudence, p.332, note J.PRADEL ; JCP 1981.II.19578, note DI MARINO

⁹⁷ CNCIS, 1^{er} rapport d'activités 1991-1992, La Documentation française, 1993, p.11

1960. Or, en 1960, M. Michel Debré, alors Premier ministre, prend la décision de regrouper dans un service unique toutes les écoutes administratives afin de rationaliser le système. Le Groupement interministériel de contrôle (GIC) est ainsi créé, par la décision n° 1E du 28 mars 1960. Cette circulaire, classée « très-secret » n'est publiée qu'en 1992,⁹⁸ suite une décision de déclassification du Premier ministre, M. Bérégovoy. Sans pouvoir connaître le vrai fonctionnement du GIC, ni le respect des règles prévues par ladite décision, autrement dit, sans avoir des indications sur la pratique, on peut essayer de dégager les renseignements résultant du texte de cette décision.

Dans l'esprit du texte, il s'agit de soumettre à un contrôle absolu les écoutes téléphoniques, afin qu'elles ne soient plus laissées à l'appréciation de services anonymes et irresponsables. La décision de procéder à une interception téléphonique administrative ne peut être prise qu'après autorisation, soit du Premier ministre, soit du ministre de l'Intérieure, soit du ministre des Armées. Toute mesure d'écoute ainsi autorisée doit ensuite faire l'objet d'un ordre d'exécution du ministre des Postes et Télécommunications. La tâche d'exécuter toutes les écoutes et enregistrements est confiée au GIC. Le GIC assure également la transcription des bandes et la transmission au ministre compétent des renseignements obtenus. Le GIC est directement placé sous l'autorité du Premier ministre, ce dernier étant le destinataire de l'ensemble des renseignements collectés.

Si ce dispositif reflète un certain effort de réglementation des écoutes administratives, il est très loin d'être effectif dans un domaine aussi sensible. En effet, tout d'abord, la décision ne fait référence à aucun motif de mise sur écoute. Une telle absence de justification laisse donc, sans doute, une importante marge d'appréciation qui peut conduire à des abus. Ensuite, aucune indication concernant le contingent, ni des renseignements sur la répartition du nombre des écoutes entre les services demandeurs ne figurent dans le texte. Finalement, le dispositif ne prévoit pas un contrôle effectif sur le fonctionnement du GIC ni sur les renseignements obtenus. Confié à une commission composée exclusivement de représentants des ministres compétents en matière de décision d'interceptions, le contrôle impartial et objectif ne paraît pas possible. C'est dans cet état de droit qu'a fonctionné le GIC pendant plus de trente ans.

⁹⁸ *ibid.*, p.13 (En raison de son intérêt historique la décision n° 1E est reproduite en annexe 1.)

§ II – Les principes dégagés par la jurisprudence

En matière d'écoutes judiciaires, la jurisprudence a pu définir un certain nombre de principes (a), en revanche, aucune précision n'a été faite en matière d'écoutes administratives (b).

a) En matière d'écoutes judiciaires

Face à cette carence législative, la jurisprudence a tenté de définir les règles entourant la mesure d'écoutes téléphoniques. Pour ce qui concerne les écoutes judiciaires, la jurisprudence de la Cour de cassation donne des indications permettant de tracer trois règles principales.

La licéité des écoutes judiciaires est soumise, au premier chef, à l'absence d'artifice ou de stratagème. Ceci implique que l'écoute est illicite lorsque l'officier de police judiciaire ou le magistrat instructeur joue un rôle actif, soit en parlant lui-même tout en dissimulant sa qualité, soit en faisant parler l'interlocuteur de l'inculpé tout en lui dictant ses propos. Cette exigence est dégagée par la fameuse affaire *Wilson*, où le juge d'instruction, pour confirmer ses soupçons, téléphone à un témoin, en se faisant passer pour l'inculpé. Les Chambres réunies de la Cour de cassation siègent en tant que Conseil supérieur de la Magistrature, condamnent toute écoute s'accompagnant d'un stratagème, en infligeant au juge d'instruction une sanction disciplinaire.⁹⁹ La Cour garde sa position par l'arrêt *Imbert*.

La licéité desdites écoutes est subordonnée, ensuite, au respect des droits de la défense. La Cour de cassation, même s'il ne le remet pas en cause, en faisant référence au droit de la défense, montre l'importance qu'elle accorde à ce droit.¹⁰⁰ Dans l'arrêt *Tournet*, la Cour considère que la mise sur écoute ne contrevient pas elle-même au principe du respect des droits de la défense. Ceci implique seulement en réalité d'interdire l'interception d'une conversation téléphonique entre un inculpé et son avocat.

⁹⁹ Cour de cass. chambres réunies, 31 janvier 1888, S. 1889.I.241

¹⁰⁰ Arrêts *Imbert* et *Tournet*, précités

Le troisième principe posé par la Cour suprême est enfin la nullité des écoutes téléphoniques réalisées au cours d'une enquête. La Cour, admettant la licéité des écoutes réalisées dans le cadre de l'instruction¹⁰¹, précise encore les limites de celles-ci. Dans l'arrêt *Baribeau*¹⁰² en visant tout à la fois l'article 8 de la Convention EDH, proclamant le droit au respect de la vie privée, et l'article 66 de la Constitution de 1958, qui fait de l'autorité judiciaire « le gardien de la liberté individuelle », la Cour condamne toute écoute organisée dans le cadre d'une enquête. En revanche, l'arrêt ne donne pas plus de précision en ce qui concerne le mot 'enquête'.¹⁰³

Si cet ensemble de jurisprudence de la Cour de cassation précise un certain nombre de règles principales en matière d'écoutes judiciaires, elle est, cependant, lacunaire dans les mesures où les règles concernant l'exécution des écoutes, les personnes susceptibles d'être mises sur écoute ou encore les infractions pour lesquelles des écoutes peuvent ordonner, restent imprécises.¹⁰⁴

b) En matière d'écoutes administratives

Le juge administratif n'a eu qu'une seule fois l'occasion de se prononcer sur une demande, par voie de référé, tendant à faire cesser la violation par l'administration du secret des correspondances téléphoniques. L'arrêt *Férignac*,¹⁰⁵ rendu par le Conseil d'État, démontre la quasi-impossibilité de voir aboutir un recours contre des écoutes administratives.

En l'espèce, M. Férignac saisit en référé le Président du Tribunal administratif de Paris afin qu'un constat soit dressé sur les conditions dans lesquelles sont, selon lui, pratiquées des

¹⁰¹ Arrêt *Tournet*, précité

¹⁰² Cass. crim. 24 novembre 1989, *Baribeau*, Dalloz, 1990, p.34, p.15, *Écoutes téléphoniques et Convention EDH*, note, J.PRADEL, ; Gaz. Pal, 1990.I.92, note J.-P.DOUCET

¹⁰³ En l'espèce il s'agit d'une enquête préliminaire. Il reste à savoir si l'enquête de flagrance est également visée par cet arrêt. L'arrêt *Bacha Baroudé* tranchera la question. *infra*

¹⁰⁴ Les insuffisances du dispositif seront dénoncées par la Cour EDH, *infra*

¹⁰⁵ CE Ass., 17 décembre 1976, *Férignac*, (également libellé arrêt *Benassi*) JCP 1978.II.18979, note F.HAMON

interceptions sur sa ligne téléphonique personnelle.¹⁰⁶ Le juge des référés rejette la demande et le Conseil d'État, statuant en appel, confirme l'ordonnance de rejet.

Pour confirmer le rejet, le Conseil d'État estime, tout d'abord que, le requérant ne produit, à l'appui de ses allégations, « aucune précision de nature à les justifier ». En l'absence de preuve de la surveillance, il n'y a donc pas lieu d'ordonner l'expertise technique. En second lieu, la recherche des instructions en application desquelles des installations d'écoutes auraient été réalisées et des opérations d'écoutes exécutées ne présente pas, pour le Conseil d'État, un caractère d'urgence. Finalement le Conseil estime que les investigations et vérifications portant sur le fonctionnement général du service des écoutes « n'auraient pour résultat que de confirmer des faits déjà connus, dont l'existence n'est pas contestée par les observations ministérielles », et ne présentent donc pas un caractère utile.

En rejetant la demande de vérification, portant sur les communications du requérant, en raison de l'absence d'un véritable commencement de preuve, la Haute Assemblée rend quasi-impossible l'aboutissement d'un recours dans la mesure où une telle preuve ne peut être obtenue sans expertise technique.

B) Les rapports Marcilhacy et Schmelck

Face à cette carence législative et à l'absence de garanties entourant l'exécution des écoutes téléphoniques tant judiciaires qu'administratives, le Parlement tente de réglementer le droit et la pratique d'écoutes par les deux commissions d'étude : la Commission Marcilhacy – Monory (§ I) et la Commission Schmelck (§ II).

§ I - La Commission Marcilhacy - Monory

À la suite d'un débat, relatif aux écoutes téléphoniques administratives, au Sénat¹⁰⁷, le sénateur M.Monory demande des informations sur les textes légaux ou réglementaires qui

¹⁰⁶ Responsable fédéral d'un parti politique et élu local, M. Férignac est persuadé de faire l'objet d'écoutes administratives.

¹⁰⁷ J.O. Sénat, 19 juin 1973, p.752 (Le débat a eu lieu suite à la publication dans le *Canard Enchaîné* d'une transcription d'écoute téléphonique.)

pourraient justifier la pratique des écoutes. Peu satisfait de la réponse, il présente une proposition de résolution visant à créer une commission de contrôle sénatoriale. La proposition est adoptée au Sénat le 29 juin 1973 et la Commission est placée sous la présidence du sénateur Marcihacy. La commission remet son rapport¹⁰⁸ après quatre mois de travaux, pendant lesquelles elle s'est heurtée à une obstruction massive de l'exécutif. En effet, tous les membres du gouvernement et les autres convoqués refusent tout aide, en évoquant le secret défense.

Dans son rapport, la Commission ne remet pas en cause l'existence des écoutes administratives. Par contre, elle affirme qu'il existe de nombreuses écoutes illégales et qu'aucune législation en vigueur ne peut les réprimer. La Commission élabore, ensuite, une proposition de loi, concernant l'ensemble des écoutes téléphoniques, qui soumet toute sorte de mesure d'écoute à l'autorisation préalable d'une autorité judiciaire. Il s'agit, tout d'abord, des écoutes effectuées sur commission rogatoire d'un juge d'instruction, ensuite, des écoutes pratiquées dans le cadre d'une enquête de police sur l'autorisation du Procureur de la République et enfin, des écoutes intéressant la sûreté de l'État et relevant de l'autorisation et du contrôle d'un magistrat du siège à la Cour de cassation.¹⁰⁹ Pourtant, la proposition de loi n'a pas été mise à l'ordre du jour et le rapport n'a donné lieu à aucune suite.

§ II – La Commission Schmelck

Peu après sa nomination en tant que Premier ministre en 1981, M. Mauroy charge une commission d'étude placée sous la présidence du premier président de la Cour de cassation, M. Schmelck, d'une mission d'investigation sur les écoutes téléphoniques. La Commission, comprenant des parlementaires, des magistrats, des professeurs de droit et des hauts fonctionnaires, a, contrairement à la précédente, bénéficié de la collaboration des services administratifs. C'est ainsi qu'elle a pu visiter les locaux du GIC et qu'elle a eu accès à certains documents classifiés. Le rapport de la Commission a été remis le 25 juin 1982.¹¹⁰

¹⁰⁸ Rapport Marcihacy-Monory du 25 octobre 1973, CNCIS, *1^{er} rapport d'activité 1991-1992*, p.28, (extraits)

¹⁰⁹ Le magistrat est choisi par le gouvernement, pour une durée de cinq ans, sur une liste de trois magistrats établie par l'Assemblée générale de la Cour de cassation. Il est assisté de deux magistrats de siège à la Cour de cassation, désignés selon la même procédure.

¹¹⁰ Rapport Schmelck du 25 juin 1982, CNCIS, *1^{er} rapport d'activité 1991-1992*, p.60

Concernant les écoutes judiciaires, la Commission demande que lesdites écoutes soient dotées d'un régime légal que l'on puisse insérer dans le code de procédure pénale. La Commission conclut à la licéité des écoutes judiciaires dans le cadre de l'information, mais aussi à la licéité des écoutes en cas de flagrance et d'urgence sur demande du procureur de la République. Elle insiste, par ailleurs, sur le caractère exceptionnel des écoutes judiciaires et indique clairement la procédure de la prise de décision, de l'exécution, de la transcription des écoutes et de la destruction des enregistrements.

S'agissant des écoutes administratives, la Commission dresse une liste de motivations¹¹¹ pouvant justifier le recours aux écoutes administratives. Quant au contrôle des interceptions, la Commission juge indispensable la création d'un organe administratif indépendant à caractère non juridictionnel, chargé d'exercer un contrôle *a posteriori*. Composé à la fois d'élus et de représentants de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, cet organe de contrôle aurait des attributions importantes : procéder à toutes les investigations nécessaires pour être informé des mesures de surveillance, de leur nombre et des motifs ; se prononcer sur la conformité à la loi d'une mesure sur saisie de tout citoyen craignant d'être écouté ; en cas d'irrégularité d'une procédure, la possibilité d'adresser à l'autorité compétente une recommandation tendant à l'interruption de la surveillance et de saisir l'autorité judiciaire le cas échéant.

Ce rapport audacieux n'est pas suivi d'effets immédiats. Pourtant il sera largement pris en compte lors de l'élaboration du projet de la loi de 1991.

II – La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme

Par deux arrêts du 24 avril 1990, *Kruslin* et *Huvig*, la pratique française des écoutes téléphoniques judiciaires, ne sera pas considérée comme conforme à l'article 8 de la Convention EDH. (A) Suite à cette condamnation, la jurisprudence tentera de combler les lacunes dénoncées par la Cour EDH. (B)

¹¹¹ Il s'agit de la recherche de renseignements intéressant la sécurité de la France, de la prévention des atteintes à la sécurité de l'État, de la prévention des atteintes à la sécurité publique, de la prévention du grand banditisme et du crime organisé, de la prévention des atteintes au crédit de l'État.

A) Les Arrêts Kruslin et Huvig

Dans l'affaire *Huvig*, un couple de commerçant de Haute-Marne (époux Huvig) poursuivi pour fraude fiscale, et mis sous surveillance téléphonique, conteste la validité desdites écoutes. L'autre affaire concerne un certain *Kruslin*, inculpé d'homicide volontaire et de vols qualifiés. Suite aux écoutes réalisées dans le cadre de cette première information, il lui est également imputé un crime différent, un autre homicide volontaire, concernant une seconde affaire et c'est ce qu'il conteste devant la Cour. La Cour européenne ne se prononce que sur l'existence d'une base légale (§ I) et sur les qualités de celle-ci (§ II).

§ I – Sur l'existence d'une base légale

Sur ce point, les requérants soutiennent que la France ne bénéficie pas d'une base légale permettant de pratiquer les écoutes judiciaires. Le gouvernement français, quant à lui, estime que les articles 81 et 151 et s.¹¹² du Code de Procédure Pénale, et surtout la jurisprudence qui s'est greffée sur ceux-ci, constituent le fondement légal requis par l'article 8§2 de la Convention.

Avant que la Cour européenne se prononce, le délégué de la Commission déclare que dans le cas de pays continentaux comme la France, seul un texte normatif de portée générale, voté ou non par le Parlement, peut s'analyser en une 'loi' au sens de l'article 8§2.¹¹³ Il ajoute que la jurisprudence ne peut être considérée que comme une 'source secondaire' du droit, alors que la loi, au sens de la Convention, ne peut s'entendre que comme une 'source primaire' du droit, dans ces pays continentaux.

La Cour, quant à elle, adoptant une vision pragmatique et usant d'une technique de renvoi au droit interne, tranche le problème de l'existence d'une 'loi' au sens de l'article 8 par référence à l'*opinio juris* nationale : la Cour rappelle qu'il incombe d'abord aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Il ne lui appartient donc pas d'exprimer une opinion contraire à la leur. Or, depuis des années déjà, une série de jugements et d'arrêts voient dans les articles 81, 151 et 152 du Code

¹¹² Les dispositions relatives aux pouvoirs du juge d'instruction et à la commission rogatoire

¹¹³ La Commission conclut, le 14 décembre 1988, à la violation de l'article 8 de la Convention. (par 10 voix contre 2)

de Procédure pénale, la base légale justifiant des écoutes pratiquées par un officier de police judiciaire sur commission rogatoire d'un juge d'instruction. La Cour considère, par conséquent, que l'ingérence constituée par les écoutes téléphoniques a bien, compte-tenu de ces éléments, une base légale en droit français.¹¹⁴

§ II – Sur les qualités de la base légale

Selon la Cour EDH, la question d'accessibilité de la base légale ne soulève aucun problème.¹¹⁵ Avec cette affirmation, la Cour montre qu'elle retient également une vision souple de la clause d'accessibilité. En effet, contrairement à la loi et au règlement, la jurisprudence n'est pas soumise à une publication nécessaire. Pourtant, dans ces deux affaires la Cour conclut à l'accessibilité du droit français, en matière d'écoutes téléphoniques, au motif que la jurisprudence d'application des articles 81 et autres du Code de procédure pénale est, soit publiée au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, en ce qui concerne les arrêts importants, soit diffusée dans les publications privées.

En ce qui concerne la condition de prévisibilité,¹¹⁶ la Cour européenne énumère les garanties imaginées par le droit français¹¹⁷ :

- la nécessité d'une décision d'un juge d'instruction,
- le contrôle exercé sur les officiers de police judiciaire par le juge d'instruction,
- le contrôle éventuel du juge d'instruction de la part de la Chambre d'accusation, des juridictions du fond, de la Cour de cassation,
- l'exclusion de l'artifice, des stratagèmes, dans la mesure où lesdits stratagèmes sont une provocation,
- l'obligation de prendre en compte les droits de la défense, en particulier la confidentialité des relations entre l'avocat et le suspect ou inculpé.

Établi sur une autre liste, comportant de dix-sept garanties en droit français, présentée par le gouvernement français, cet ensemble de mesures n'est pas assez protecteur des libertés

¹¹⁴ Arrêts *Kruslin* § 29 et *Huvig* § 28

¹¹⁵ Arrêt *Kruslin* § 30

¹¹⁶ La loi est prévisible « lorsqu'elle offre une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 (de l'article 8) » *supra*

¹¹⁷ Arrêt *Kruslin*, précité, § 34

individuelles. En effet, la Commission relève les principales lacunes du dispositif français, telles que; l'absence de délimitation précise et expresse des situations permettant l'interception des communications téléphoniques et l'absence de référence à la gravité des faits (crimes, délits, peines encourues). La Cour, quant à elle, entre encore plus dans les détails et dénonce les insuffisances du droit français en la matière¹¹⁸ :

- rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoutes judiciaires ;
- rien ne définit la nature des infractions pouvant y donner lieu ;
- rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure ;
- rien ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées ;
- rien ne précise les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge et par la défense ;
- rien ne définit les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des bandes d'enregistrement, notamment après une décision de non-lieu ou de relaxe.

La procédure est insuffisamment protectrice car « le droit français, écrit ou non écrit, n'indique pas, avec assez de clarté, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré de sorte que les requérants n'ont pas joui du degré minimal de protection prévu par la prééminence du droit dans une société démocratique.¹¹⁹ » La Cour conclut, à l'unanimité, qu'il y a eu violation des dispositions de l'article 8 de la Convention. Dans ses conclusions, la Cour se réfère à l'arrêt *Malone* qui précisait que la loi, au sens large du terme, doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un pouvoir d'interception, avec une netteté suffisante, compte tenu du but légitime poursuivi, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire.

Quant au caractère nécessaire de l'ingérence dans une société démocratique à la poursuite d'un but légitime, la Cour décide qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce point puisque le recours est admis sur le fondement du précédent.¹²⁰

¹¹⁸ *ibid.* § 35

¹¹⁹ *ibid.* § 36

¹²⁰ *ibid.* § 37

B) La réaction de la jurisprudence française

Peu après le double arrêt de la Cour EDH, le directeur des affaires criminelles et des grâces adresse aux chefs de juridiction, aux membres du ministère public, aux magistrats du siège, avec ordre de transmission aux présidents de chambres d'accusation et aux juges d'instruction, une note du Garde des Sceaux du 27 avril 1990, résumant les conclusions des arrêts. Cette note analyse, en premier lieu, la solution de l'arrêt *Kruslin*, en rappelant les garanties qui ne sont pas définies par le droit français pour le moment. En second lieu, la note souligne qu'il « appartient aux juridictions du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, d'élargir leur contrôle sur les modalités de mise en œuvre des écoutes téléphoniques, telles que précisées par la Cour européenne. »¹²¹ Tout en précisant que l'arrêt *Kruslin* « n'exclut pas que ces garanties puissent résulter de la jurisprudence » la note propose aux magistrats un guide des écoutes judiciaires licites¹²² : elles ne peuvent concerner que « l'élucidation des infractions les plus graves » ; leur durée doit être limitée « quitte à faire l'objet de renouvellements » ; la commission rogatoire doit définir les modalités de leurs retranscriptions ; les bandes doivent être placées sous scellés et adressées au magistrat instructeur ; en cas de décision définitive sur les poursuites, les bandes doivent être effacées ou détruites.

Le 15 mai 1990, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rend, après la condamnation de la France par la Cour EDH, son premier arrêt important en la matière, l'arrêt *Bacha Baroudé*.¹²³ Sous l'influence, sans doute, de la note du Garde des Sceaux, la Cour de cassation tente, avec cet arrêt, de répondre aux exigences de la Cour européenne en définissant les conditions que devront respecter les juges d'instruction désireux de pratiquer des écoutes téléphoniques. Il s'agit, en fait, de précisions visant l'avenir car la Cour refuse, en l'espèce, de procéder à l'annulation de l'écoute litigieuse. Ainsi, elle pose que « les écoutes et enregistrements téléphoniques trouvent une base légale dans les articles 81 et 151 du Code de Procédure pénale ; que s'ils peuvent être effectués à l'insu des personnes intéressées, ce ne peut être que sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle en vue d'établir la preuve d'un crime

¹²¹ Note en partie citée dans la , *Chronique des parquets et de l'instruction*, Droit pénal, juillet 1990, p.3

¹²² R.KOERING-JOULIN, *De l'art de faire l'économie d'une loi ; à propos de l'arrêt Kruslin et ses suites*, chronique, Dalloz, 1990, p.187

¹²³ Cass. crim. 15 mai 1990, *Bacha Baroudé*, JCP, 1990.II.21541, note W.JEANDIDIER ; Dalloz, 1990, p.353, commentaires, J.PRADEL

ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public et d'en identifier les auteurs ; qu'il faut, en outre, que l'écoute soit obtenue sans artifice et sans stratagème et que sa transcription puisse être contradictoirement discutée par les parties concernées ; le tout dans le respect des droits de la défense. »

Cet arrêt de la Cour de cassation est moins innovateur qu'il ne semble l'être. En effet, la Cour, après avoir confirmé l'existence d'une base légale en droit français, rappelle des exigences désormais classiques, comme l'absence d'artifice et de stratagème. Par ailleurs, la possibilité d'un débat contradictoire de la transcription n'est finalement qu'une des manifestations des droits de la défense. En revanche, en excluant les écoutes pratiquées dans le cadre d'une enquête de flagrance, l'arrêt complète la solution retenue par l'arrêt *Baribeau*. Pour le reste, la Cour de cassation fait référence, pour la première fois, à l'une des exigences posées par la Cour EDH, relative aux infractions susceptibles de justifier un placement sous écoutes. Pour la Cour, il doit s'agir d'un crime ou de toute infraction portant gravement atteinte à l'ordre public. Si la référence au crime, par son caractère objectif, semble être précise, l'autre référence reste, du fait de sa subjectivité, vague quant à son appréciation par le juge.

Les précisions de la Haute juridiction sont, par ailleurs, loin d'être satisfaisantes dans la mesure où la Cour reste muette sur toute une série de points que la Cour de Strasbourg souhaitait voir réglementés. Il en va par exemple ainsi de la définition des personnes susceptibles d'être mises sur écoute ; l'arrêt fait référence aux « personnes intéressées », une notion qui ne précise rien. De même, sont également passées sous silence les exigences tenant à la durée des écoutes, au respect de l'intégrité des enregistrements ou encore aux circonstances de leur effacement.

Si, par la suite, une série d'arrêts a tenté de préciser certains éléments¹²⁴, les lacunes restaient importantes. D'autre part, la doctrine était unanime¹²⁵ pour dénoncer cet état de droit et souhaiter l'intervention du législateur.¹²⁶

¹²⁴ A.MARON, *Écoutes téléphoniques : nouveaux épisodes*, Droit pénal, décembre 1990, p.10

En ce sens, notamment : Cass. crim., 2 octobre 1990, *Levasseur*, JCP. 1991.IV.p.7

¹²⁵ R.KOERING-JOULIN, *De l'art de faire l'économie d'une loi ; à propos de l'arrêt Kruslin et ses suites*, précité ; W.JEANDIDIER, note sous l'arrêt *Bacha Baroudé*, précitée ; A.MARON, *Rien n'est perdu fors l'honneur*, Droit pénal, juin 1990, p.1 ; J.PRADEL, *Les écoutes judiciaires : un statut en voie de formation*, RFDA, 1991, p.83

Section 2 : La loi du 10 juillet 1991 et les interceptions téléphoniques

Après les arrêts rendus par la Cour EDH, le législateur français devait intervenir pour être en conformité avec la Convention EDH. En effet, les initiatives se sont multipliées afin d'obtenir l'intervention d'un texte législatif.¹²⁷ Un projet de loi¹²⁸ a finalement été enregistré, le 29 mai 1991, à la présidence de l'Assemblée nationale. Le texte a été discuté en première lecture le 13 juin 1991 à l'Assemblée nationale et le 25 juin 1991 au Sénat. Après la réunion de la commission mixte paritaire, le texte est définitivement adopté le 28 juin 1991.

Ainsi adoptée, et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1991, la loi du 10 juillet 1991¹²⁹ relative au secret des correspondances émises par la voie de télécommunications,¹³⁰ pose le principe du secret des correspondances et prévoit deux exceptions : les interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire (A) et les interceptions de sécurité (B).

I – Les interceptions judiciaires

La loi de 1991 définit le cadre juridique des écoutes judiciaires, qu'elle appelle désormais « interceptions judiciaires », en insérant dans le code de procédure pénale les articles nouveaux, 100 à 100-7. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour EDH et notamment des dénonciations formulées par celle-ci, dans les arrêts *Kruslin* et *Huvig*, la loi dispose des règles détaillées concernant la procédure de l'adoption des interceptions (A) mais également la procédure de l'exécution des interceptions (B).

¹²⁶ « La souplesse du droit jurisprudentiel ne saurait compenser la certitude de prescriptions légales indispensables », W.JEANDIDIER, note précitée. « Il ne faut pas s'aveugler : la réglementation nécessaire des écoutes téléphoniques ne peut être précise que si elle émane du législateur. » A.MARON, *Rien n'est perdu fors l'honneur*, précité

¹²⁷ Notamment des propositions de loi, déposées par M.Rudloff le 25 octobre 1990 devant le Sénat ; par M.Toubon, à la même date, devant l'Assemblée nationale et par M.Hyest en décembre 1990 devant l'Assemblée nationale.

À signaler également : un avis, rendu, le 15 novembre 1990, par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, concluant à la nécessité et à l'urgence pour le gouvernement de soumettre au parlement un projet de loi concernant les écoutes.

¹²⁸ Projet de loi n° 2068 et proposition de la loi n° 1672

¹²⁹ Loi n°91 646, J.O. du 13 juillet 1991, p.9167 (annexe II)

¹³⁰ Ainsi, la loi a un champ d'application très étendu puisqu'elle vise non seulement les écoutes téléphoniques mais toutes correspondances émises par la voie de télécommunications.

A – L’adoption des interceptions

L’adoption de l’interception est subordonnée à des conditions de fond (§ I) et ainsi qu’à des conditions de forme (§ II).

§ I – Les conditions de fond

Nous examinerons successivement l’autorité habilitée à prendre la décision de l’interception (a), les motifs justifiant le recours à des interceptions judiciaires (b), les personnes susceptibles d’être mises sur écoute (c) et la durée de la décision de l’interception (d).

a) L’auteur de la décision

Seul le juge d’instruction, saisi d’une information, a le droit de prescrire l’interception des correspondances téléphoniques : c’est ce qui ressort de la nouvelle rédaction de l’article 100-1 du Code de procédure pénale, introduit par l’article 2-III de la nouvelle loi. Cette idée de monopole est, ensuite, confirmée par les articles 100-3 et 100-5 dudit code qui visent « le juge d’instruction ou l’officier de police judiciaire commis par lui ». Un amendement avait été déposé pour confier cette compétence également au Procureur de la République en cas d’urgence, il a cependant été rejeté. Le législateur n’a absolument pas voulu remettre en cause le monopole du juge d’instruction, celui-ci « lui étant apparu comme le défenseur des libertés. »¹³¹ Il convient, enfin, de préciser que dans le rapport Schmelck, la Commission avait conclu à la licéité des écoutes en cas de flagrance et d’urgence sur demande du procureur de la République.

Il faut, tout de suite, préciser qu’avec ces dispositions, le législateur de 1991 confirme la jurisprudence existante qui excluait les interceptions réalisées dans le cadre d’une enquête préliminaire et celles pratiquées au cours d’une procédure de flagrance.¹³² Il est ensuite à signaler que le caractère restrictif de l’autorité compétente est conforme à la conception de la Cour EDH qui avait considéré dans l’arrêt *Kruslin* l’exigence « d’une décision du seul juge

¹³¹ J.PRADEL, *Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications*, Dalloz, 1992, chronique, p. 49

¹³² Arrêts *Baribeau* et *Bacha Baroudé*, précités

d'instruction magistrat indépendant », ¹³³ comme une garantie existant désormais dans le système français.

b) Les motifs

La jurisprudence antérieure avait, sur ce point, apporté un critère réservant le recours aux écoutes judiciaires aux infractions graves et visant les crimes et délits « portant gravement atteinte à l'ordre public ». ¹³⁴ Or, la nouvelle loi, suivant la solution préconisée par le rapport Schmelck ¹³⁵, s'attache au quantum de la peine. Ainsi, selon l'article 100 du Code de procédure pénale, (en matière criminelle et correctionnelle) la peine encourue doit être égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement pour justifier le recours aux interceptions judiciaires.

Concernant le principe de subsidiarité du recours aux écoutes, il est certain que le texte de la loi ne le pose pas expressément. Le rapport Schmelck préconisait ce principe en indiquant que, pour que les interceptions puissent être ordonnées, « il faut que les moyens classiques d'investigation soient inopérants ou insuffisants. » Afin d'éviter, probablement, la possibilité d'annulation d'une procédure importante au motif que le juge d'instruction n'a pas épuisé d'abord les autres modes de preuve, le législateur de 1991 se contente de prescrire que le recours aux interceptions est justifié « lorsque les nécessités de l'information l'exigent ».

La loi de 1991 semble, sur ce point, être cohérente avec les exigences de la Cour EDH dans la mesure où, cette dernière exige, sans imposer un seuil d'emprisonnement, que la mesure de surveillance téléphonique soit exceptionnelle.

c) Les personnes susceptibles d'être mises sur écoutes

Le texte de la loi, sur ce point, ne fait mention que des « éléments d'identification de la liaison » ¹³⁶, c'est-à-dire de la ligne téléphonique. La loi retient donc une conception matérielle et non personnelle de l'écoute. Ceci signifie que l'interception porte moins sur une personne que sur ligne écoutée, laquelle peut être utilisée par plusieurs personnes. Faut-il conclure, en

¹³³ Arrêt *Kruslin*, précité, § 34

¹³⁴ Arrêt *Bacha Baroudé*, précité

¹³⁵ Ledit rapport préconisait un seuil de trois ans de prison.

¹³⁶ Article 100-1 du CPP

l'absence de définition par la loi, que peuvent être mises sur écoute toutes personnes intéressées ? La circulaire d'application de la loi tente de préciser qu'il s'agit de « toute personne paraissant avoir participé aux faits ou susceptible de détenir des renseignements relatifs à ces faits ».¹³⁷ Il faut donc en déduire que peut être écoutée toute personne susceptible d'apporter des éléments à l'information en cours, que celle-ci bénéficie de l'assistance d'un conseil ou non.

La seule dérogation posée par la loi de 1991, visant à protéger une certaine catégorie de personne, concerne les avocats. Toujours avec le souci de respecter les droits de la défense et le secret professionnel, l'article 100-7 du Code de procédure pénale prévoit qu'aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne indépendante du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sans que le Bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction.¹³⁸

Il est clair que la loi de 1991 ne paraît pas être, sur ce point, tout à fait conforme à la jurisprudence de la Cour EDH qui reprochait au droit français de ne pas définir « les catégories de personnes susceptibles mises sous écoutes judiciaires. »¹³⁹

d) La durée

L'atteinte au secret des correspondances téléphoniques ne peut être que provisoire. En effet, selon l'article 100-2 du Code de procédure pénale, les interceptions judiciaires ne peuvent être prescrites que pour une durée maximale de quatre mois. Par contre, la décision d'autorisation des interceptions, peut être renouvelée sans limitation dans les mêmes conditions de forme et de durée, ce qui revient à dire que les écoutes peuvent durer tant que les nécessités de l'information l'exigent.

Limiter la surveillance des communications téléphoniques dans le temps et ainsi fixer une durée maximale pour les interceptions, répond aux exigences de la Cour EDH. Car dans l'affaire *Kruslin*, la Cour avait constaté que « rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure. »¹⁴⁰

¹³⁷ Circulaire du 26 septembre 1991

¹³⁸ Cette disposition est comparable à celle concernant les perquisitions effectuées au cabinet d'un avocat ou à son domicile, article 56-1 du CPP

¹³⁹ Arrêt *Kruslin*, précité, § 35

¹⁴⁰ *ibid.*

§ II – Les conditions de forme

La loi du 10 juillet 1991 parle simplement d'une « décision » et précise qu'elle est écrite. Elle ajoute toutefois que cette décision « n'a pas le caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours ».¹⁴¹ Il en résulte que la décision n'a pas la forme d'une ordonnance et qu'elle ne peut être qu'une commission rogatoire adressée à la police judiciaire. Autrement dit, il s'agit d'un acte d'instruction. Il faut ajouter que le rapport Schmelck recommandait également la même attitude, en proposant que « la décision ordonnant la mise sur écoute constitue un acte d'instruction ou d'enquête » et en ajoutant « qu'à ce titre elle n'a pas à faire l'objet d'une motivation en la forme juridictionnelle et qu'elle n'est susceptible d'aucune voie de recours ».

Si la motivation juridictionnelle n'est pas exigée, il n'en demeure pas moins que la décision doit comporter un certain nombre de précisions. En effet, selon l'article 100-1 du Code de procédure pénale, la décision doit comporter « tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci ».

B) L'exécution des interceptions

Il s'agit des garanties entourant la procédure de l'exécution de l'interceptions (§ I) et la procédure postérieure à l'interception (§ II).

§ I – L'opération d'exécution

La loi du 10 juillet 1991 consacre la règle que l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances téléphoniques ordonnés par un juge d'instruction « sont effectués sous son autorité et sous son contrôle ».¹⁴²

Il s'agit, dans le cadre de l'opération d'exécution, tout d'abord, d'assurer l'exécution de la décision d'interception. La loi réalise une réforme importante en réservant l'exclusivité

¹⁴¹ Article 100§2 du CPP

¹⁴² Article 100§1 du CPP

des opérations matérielles que les interceptions comportent, pour en assurer la fiabilité et le caractère confidentiel, aux agents des services et organismes placés sous l'autorité ou le contrôle du ministre chargé des télécommunications.¹⁴³ Il appartient donc au juge d'instruction ou à l'officier de police judiciaire commis par lui, de requérir les agents qualifiés d'un service ou organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des télécommunications ou les agents qualifiés d'un exploitant de réseau ou fournisseur de service des télécommunications, à cette fin de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception.¹⁴⁴

Le juge ou l'officier de police judiciaire (pratiquement ce dernier) doit ensuite dresser un procès-verbal de l'interception et un autre de l'enregistrement. Le premier mentionne la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé, le second, celles auxquelles elle s'est terminée.¹⁴⁵ Les enregistrements doivent être placés sous scellés fermés, afin de ne pouvoir être l'objet de coupures et d'addition.¹⁴⁶

Quant à la transcription, c'est au juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire, qu'il appartient de transcrire l'enregistrement afin de le rendre utilisable. Quand la transcription a lieu dans une langue étrangère, elle doit être transcrite en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin.¹⁴⁷ Par contre, la transcription ne doit être effectuée que dans la mesure « utile à la manifestation de la vérité ». ¹⁴⁸ Cette prescription n'est pas seulement inspirée par une considération d'intérêt pratique mais également elle a pour but de ne porter, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance, que l'atteinte nécessaire à la découverte des auteurs de l'infraction.¹⁴⁹ Elle est également destinée à assurer le respect des droits de la défense quand l'interception est réalisée sur la ligne du cabinet d'un avocat ou de son domicile. Par conséquent, les conversations entre l'avocat et ses clients qui ont un caractère professionnel ne doivent pas être transcrites. Il en est de même des conversations dont la transcription porterait atteinte à un secret professionnel. Un procès-

¹⁴³ Articles 21 et 22 de la loi du 10 juillet 1991

¹⁴⁴ Article 100-3 du CPP

¹⁴⁵ Article 104-4 §1 du CPP

¹⁴⁶ Article 104-4 §2 du CPP

¹⁴⁷ Article 100-5 §2 du CPP

¹⁴⁸ Article 100-5 §1 du CPP

¹⁴⁹ P.KAYSER, *La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques*, précité

verbal de la transcription doit également être dressé.¹⁵⁰ Finalement, la transcription doit être versée au dossier afin que l’avocat de l’inculpé puisse en prendre connaissance. Ce travail peut être ultérieurement contesté par l’inculpé, le juge acceptant alors de confronter l’enregistrement et la transcription.

§ II – La destruction

Selon l’article 100-6 du Code de procédure pénale « Les enregistrements sont détruits, à la diligence du Procureur de la République ou du Procureur général, à l’expiration de délai de l’action publique ». Un procès-verbal de l’opération de destruction doit être dressé.

Il faut, par contre, bien distinguer la destruction ou l’effacement des bandes enregistrées de la destruction des transcriptions. La loi de 1991 reste silencieux en ce qui concerne le sort des transcriptions.

D’une façon générale, on peut conclure que, concernant l’exécution des interceptions judiciaires et les garanties entourant toute la procédure, le dispositif de la loi du 10 juillet 1991 semble répondre aux exigences posées par la Cour EDH.

II – Les interceptions de sécurité

Lors des travaux préparatoires de la loi de 1991, la question de la légitimité des écoutes téléphoniques a à peine été évoquée, et ceci ne concernait que les écoutes administratives que la loi dénomme « les interceptions de sécurité ». Le Premier ministre de l’époque, Mme Cresson répondait que « supprimer ces écoutes administratives – ce qui n’est pas demandé, dans un État de droit, par la Convention EDH – reviendrait à affaiblir grandement notre sécurité ».¹⁵¹ C’est ainsi que la loi de 1991 reconnaît officiellement la licéité des écoutes de sécurité, tout en consacrant leur caractère exceptionnel (A). Par ailleurs, pour assurer l’application des dispositions de la loi, elle crée une autorité administrative indépendante, chargée de contrôler les interceptions de sécurité (B).

¹⁵⁰ Article 100-5 §1 du CPP

¹⁵¹ J.O.A.N., 14 juin 1991, p.3123

A – Le régime légal des interceptions

Les dispositions relatives aux interceptions de sécurité sont manifestement plus complètes et détaillées que celles concernant les interceptions judiciaires, et se réfèrent à l'autorisation (§ I) et à l'exécution des interceptions (§ II).

§ I – L'autorisation des interceptions

Nous examinerons successivement l'auteur de la décision (a), la forme de la décision (b), les motifs (c), les personnes susceptibles d'être mises sur écoute (d) et la durée de l'interception (e).

a) L'auteur de la décision

S'agissant des interceptions de sécurité, l'intention du législateur est là encore restrictive en ce qui concerne l'auteur de la décision de l'interception. Selon l'article 4§1 de la loi, l'autorisation de procéder à des interceptions est accordée par le Premier ministre ou l'une des deux personnes spécialement déléguées par lui. Cette décision est prise sur proposition du ministre de la Défense, du ministre de l'Intérieur ou du ministre chargé des Douanes ou de la personne que chacun d'eux aura spécialement déléguée.

Le législateur de 1991 entend ainsi limiter strictement le nombre des personnes habilitées soit à demander une interception soit à l'ordonner.¹⁵² Le ministre décideur et les ministres demandeurs peuvent certes déléguer leurs pouvoirs, mais cette délégation résulte d'une délégation spéciale publiée au *Journal* officiel.¹⁵³ D'autre part, le nombre réduit de personnes déléguées affirme que le législateur de 1991 désire que les ministres prennent personnellement leur responsabilité, dans un domaine qui touche d'aussi près aux libertés individuelles.

¹⁵² Il faut rappeler que selon la décision n° 1 E de Michel Debré, l'autorisation d'une interception administrative est donnée soit par le Premier ministre, soit par le ministre de l'Intérieur, soit par le ministre de la Défense.

¹⁵³ Rapport Massot, p.50, J.O.A.N. du 13 juin 1991, p.3154

L'article 4§2 de la loi dispose enfin que le Premier ministre « organise la centralisation de l'exécution des interceptions autorisées ». Par cette disposition, très courte, la loi reconnaît ainsi de façon officielle le fameux GIC dont le caractère secret soulevait de sérieuses inquiétudes pour une société démocratique.¹⁵⁴

b) La forme de la décision

La décision du Premier ministre ainsi que les propositions des ministres concernés doivent être écrites et motivées.¹⁵⁵ Il est cependant à préciser que « la motivation de la proposition et de l'autorisation ne doit pas consister dans la mention, purement formelle, de la recherche de renseignements relatifs à un des objectifs énumérés par la loi : elle doit préciser les raisons pour lesquelles ces renseignements sont recherchés à l'égard de la personne dont les correspondances téléphoniques seront interceptées. »¹⁵⁶ Une motivation précise et complète est en effet la condition indispensable du contrôle de la régularité des interceptions.

c) Les motifs

La loi de 1991 définit, par son article 3, le domaine des interceptions de sécurité par secteur. Cet article fixe les motifs légaux de ces écoutes conformément aux prescriptions de l'article 8 de la Convention EDH. Ils sont au nombre de cinq.

Il s'agit, en premier lieu, de la « sécurité nationale ». Cette notion n'existait pas, en tant que telle, en droit français alors qu'elle figure dans l'article 8§2 de la Convention EDH. Elle recouvre vraisemblablement la défense nationale et la sûreté et l'autorité de l'État.¹⁵⁷ Elle se trouve désormais consacrée à l'article 410-1 du Code pénal.¹⁵⁸ En second lieu, est visé le

¹⁵⁴ Lors des travaux préparatoires de la loi, les parlementaires ont pu visiter le GIC et ont été informés par le responsable de cet organisme. Rapport Massot, p.15

¹⁵⁵ Article 4§1 de la loi

¹⁵⁶ P.KAYSER, *La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques*, précité

¹⁵⁷ J.PRADEL, *Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications*, précité

¹⁵⁸ « Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu

secteur de la « protection des intérêts économiques et scientifiques fondamentaux de la France ». Il s'agit en fait notamment de l'espionnage industriel et technologique, de plus en plus pratiqué par les États. En troisième lieu, les interceptions de sécurité peuvent être utilisées dans le domaine de la « prévention du terrorisme ». Cette notion est définie à l'article 421-1 du Code pénal comme les actes individuels et collectifs ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. En quatrième lieu, il s'agit de la prévention « de la criminalité et de la délinquance organisée ». De façon concrète, sont visés, le banditisme, le trafic de stupéfiants, la production de fausse monnaie, le vol d'œuvre d'art, le trafic d'armes etc. Enfin, en cinquième lieu, le procédé peut être utilisé dans le cadre de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées.

Ainsi établie, la liste de l'article 3 de la loi, semble être plus restrictive que celle de l'article 8 de la Convention EDH, ce qui affirme le caractère exceptionnel des interceptions de sécurité. Pour encore renforcer ce caractère exceptionnel, le législateur pose un système de contingent en fixant le nombre maximum des interceptions susceptibles d'être pratiquées simultanément. L'article 5 de la loi prévoit que ce contingent est fixé par le Premier ministre et que la décision fixant ce contingent et sa répartition entre les ministères concernés est communiquée à la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.¹⁵⁹

d) Les personnes susceptibles d'être mise sur écoute

La loi de 1991 ne définit pas les catégories des personnes susceptibles d'être écoutées. Ceci signifie que toute personne, sans aucune exception, peut faire l'objet d'interception de sécurité. En fait, plusieurs amendements avaient été déposés pour interdire les interceptions opérées à l'encontre de certaines catégories de personnes,¹⁶⁰ tous ces amendements ont cependant été rejetés au nom de l'égalité devant la loi. Il n'existe donc pas de catégorie de

naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel. »

¹⁵⁹ CNCIS, *infra*

¹⁶⁰ Il s'agit notamment des élus, des responsables de formation politique, des journalistes, des responsables syndicaux et des magistrats.

personnes protégées en matière d'interceptions administratives à la différence des interceptions judiciaires.¹⁶¹

e) La durée

La durée maximale des interceptions de sécurité est fixée par l'article 6 de la loi, disposant que « l'autorisation [...] est donnée pour une durée maximum de quatre mois. Elle cesse de plein droit de produire effet à l'expiration de ce délai. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée ».

§ II – L'exécution des interceptions

Les règles concernant l'exécution des interceptions sont très proches entre les deux sortes d'interceptions. Il convient, donc, seulement d'indiquer les étapes principales en précisant les points différents entre deux types d'interceptions.

L'exécution débute par un ordre du ministre chargé des télécommunications ou de la personne spécialement déléguée par lui, adressé à tout agent qualifié du service des télécommunications.¹⁶² Le GIC demeure l'organisme chargé d'exécuter toutes les opérations d'interceptions. Ensuite, le technicien procède aux actes d'interception et d'enregistrements. Toutes ces opérations donnent lieu à l'établissement d'un relevé sous l'autorité du Premier ministre. Ce relevé, comme les procès-verbaux, mentionne la date et l'heure auxquelles l'interception est commencée et celles auxquelles elle s'est terminée.¹⁶³ L'étape suivante est la transcription des enregistrements par l'agent commis par le ministre chargé des télécommunications. « Dans les correspondances interceptées, seuls les renseignements en relation avec l'un des objectifs énumérés [...] peuvent faire l'objet d'une transcription. »¹⁶⁴ Ceci signifie que peuvent être recueillis des renseignements pour des motifs étrangers à la décision initiale, dès lors qu'ils entrent dans le champ d'application de la loi. Ainsi établis, les

¹⁶¹ Par contre le rapport Schmelck précisait qu'aucun homme politique, journaliste ou syndicaliste, magistrat ou avocat ne faisait l'objet d'une interception. Lors des visites au GIC, le responsable de celui-ci confirme ces constatations. (Rapport Massot p.15)

¹⁶² Article 11 de la loi

¹⁶³ Article 8 de la loi

¹⁶⁴ Article 7 de la loi

enregistrements et les transcriptions sont adressés au Premier ministre.¹⁶⁵ En outre, si au cours d'une interception des faits délictueux sont découverts, l'agent qui les recueille doit en informer sans délai le procureur de la République.¹⁶⁶ Hors cette hypothèse les renseignements recueillis ne peuvent servir à d'autres fins que celles énumérées par la loi.¹⁶⁷ En ce qui concerne la destruction des enregistrements, la loi fixe un délai beaucoup plus bref que celui prévu pour les interceptions judiciaires.¹⁶⁸ En effet, la destruction intervient dans un délai de dix jours au plus tard, sous l'autorité du Premier ministre, à partir de la date à laquelle les enregistrements sont effectués.¹⁶⁹ Enfin, les transcriptions sont détruites « dès que leur conservation n'est plus indispensable à la réalisation des fins mentionnées à l'article 3 ». ¹⁷⁰ Il est dressé procès-verbal des opérations de destruction des enregistrements et des transcriptions.

B – Le contrôle des interceptions

Si la loi du 10 juillet 1991 ne prévoit aucune règle particulière en matière de contrôle des interceptions judiciaires, elle consacre, en revanche, pour celles de sécurité, une Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. Il faut rappeler que la Cour EDH, dans l'affaire *Klass*, avait jugé indispensable l'existence d'un contrôle effectif sur les interceptions de sécurité. Le rapport Schmelck, pour sa part, préconisait une instance indépendante pour effectuer un tel contrôle. Inspirée de cette proposition, la loi dispose dans son article 13, d'un organisme de contrôle et le qualifie d' « autorité administrative indépendante ». La nouvelle Commission a une composition restreinte (§ I) et des pouvoirs limités (§ II).

¹⁶⁵ La loi ne le dit pas expressément.

¹⁶⁶ Article 10 de la loi

¹⁶⁷ *ibid*

¹⁶⁸ La justification est claire « Si la conservation des enregistrements judiciaires est une mesure protectrice des droits de la défense, la destruction de ceux réalisés lors des interceptions de sécurité est nécessaire à la protection des libertés individuelles ». Rapport Massot, p.53

¹⁶⁹ Article 9

¹⁷⁰ Article 12, il est à noter que la loi ne fixe aucune durée pour la destruction.

§ I – La composition de la Commission

La Commission comprend trois membres, à savoir le président, personnalité désignée pour six ans par le Président de la République sur une liste de quatre noms, établie conjointement par le vice-président du Conseil d'État et le Premier président de la Cour de cassation, un député désigné pour la durée de la législature par le Président de l'Assemblée nationale et un sénateur désigné après chaque renouvellement partiel du Sénat par le Président du Sénat.¹⁷¹

Ainsi, on remarque, tout d'abord, le nombre particulièrement restreint des membres de la Commission, ce qui peut s'expliquer par le souci du législateur d'assurer au mieux la confidentialité des travaux de la Commission.¹⁷² On observe, ensuite, qu'aucun magistrat ne fait partie de la Commission.¹⁷³ Cette absence peut paraître préoccupante dans la mesure où les écoutes de sécurité peuvent déboucher sur une procédure judiciaire.¹⁷⁴

En revanche, la loi prévoit, d'autre part, des règles importantes relatives au statut des membres afin d'obtenir une certaine d'indépendance et de rendre le contrôle, exercé sur les interceptions, efficace.

La loi précise, en premier lieu, dans son article 13§5 que « La qualité de membre de la commission est incompatible avec celle de membre du Gouvernement. Il est ensuite prévu que « Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions de membre de la commission qu'en cas d'empêchement constaté par celle-ci ». ¹⁷⁵ Dans un tel cas « Les membres de la commission désignés en remplacement de ceux dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent ». ¹⁷⁶ La loi énonce également que le mandat d'un membre n'est pas renouvelable, étant noté cependant que les remplaçants, après expiration du mandat de ceux qu'ils ont remplacé, peuvent conserver leur fonction s'ils l'ont

¹⁷¹ Article 13

¹⁷² La commission proposée par M.Toubon (La Haute autorité chargée de la protection de la vie privée) comportait neuf membres.

¹⁷³ « Le législateur a oublié un peu vite que le juge judiciaire est le protecteur naturel des libertés individuelles et donc de l'intimité de la vie privée ». J.PRADEL, *Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications*, précité

¹⁷⁴ Le cas prévu par l'article 10

¹⁷⁵ Article 13§6

¹⁷⁶ Article 13§10

occupée moins de deux ans.¹⁷⁷ Une dernière disposition visant à l'indépendance de la Commission est que le règlement intérieur de l'organisme est établi par celui-ci. Finalement, l'article 13§11¹⁷⁸ stipule que « les membres de la commission sont astreints au respect des secrets protégés par les articles 413-10, 226-13 et 226-14 du code pénal pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions », ¹⁷⁹ clause assurant l'efficacité du contrôle.

§ II – Les pouvoirs de la Commission

La mission de contrôle de la Commission est exercée selon deux procédures distinctes :

La première est régie par les dispositions de l'article 14 de la loi et s'applique suite à l'intervention du Premier ministre. Toute décision de celui-ci, autorisant une interception, est en effet communiquée dans les quarante-huit heures au plus tard au Président de la CNCIS. Compte tenu du stade auquel intervient ce contrôle, il ne peut évidemment s'agir que d'une appréciation de la validité de la décision du Premier ministre, c'est-à-dire une appréciation de la conformité de cette décision aux cas et aux formes prévues par les articles 3 à 6 de la loi. Une fois la communication effectuée, le Président de la CNCIS apprécie *prima facie* la légalité de la décision, jouant ainsi en quelque sorte un rôle de filtre. Ensuite s'il estime que la décision n'est pas légale, il réunit la Commission. Cette dernière statue alors dans un délai de sept jours suivant la communication et si elle estime la décision illégale, elle adresse au Premier ministre « une recommandation tendant à ce que l'interception soit interrompue ». ¹⁸⁰ Elle porte également sa recommandation à la connaissance du ministre qui avait proposé l'interception. La Commission en avise aussi le ministre chargé des communications électroniques. Le Premier ministre doit informer sans délai la Commission des suites réservées à sa recommandation.

La seconde procédure de contrôle est prévue par les articles 15 à 17 de la loi. Selon l'article 15, la Commission peut procéder au contrôle des interceptions « de sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel ». Il est

¹⁷⁷ Article 13§7 et 13§10

¹⁷⁸ Modifié par Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 article 125.

¹⁷⁹ Il s'agit du secret de la défense nationale et du secret professionnel.

¹⁸⁰ Article 14§3

évident que le domaine du contrôle est plus étendu dans le cas de l'article 14. Puisque la Commission est saisie plus tard que dans le cas précédent, elle pourra contrôler non seulement la légalité de la décision initiale du Premier ministre mais aussi la légalité de ses conditions d'exécution. Si la Commission estime que les interceptions sont illégales, elle adresse, comme dans le cas précédent, au Premier ministre une recommandation aux fins de leur cessation. Cette recommandation est également adressée aux ministres concernés. Le Premier ministre tient la Commission informée des suites de sa recommandation.

En cas de réclamation d'un individu, la Commission doit de toute façon notifier à l'auteur de la réclamation « qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires ».¹⁸¹ Cette notification recouvre, sans doute, plusieurs hypothèses : l'existence d'une interception judiciaire ou de celle de sécurité qui est soit légale ou illégale, voire d'une interception sauvage. Enfin, si au cours des contrôles l'existence d'une infraction apparaît, la Commission doit en aviser le procureur de la République.¹⁸²

Ainsi, quelle que soit la procédure, la CNCIS n'a qu'un pouvoir de recommandation qui ne lie naturellement pas le Premier ministre.

¹⁸¹ Article 17§1

¹⁸² Article 17§2

TITRE 2^{ème} : Un compromis en voie de perfectionnement : l'efficacité du dispositif français en matière de libertés individuelles

La législation de 1991, intervenue suite à la remise en cause du dispositif français par la Cour EDH, a introduit dans le droit français un régime équilibré des écoutes téléphoniques. « L'individu est protégé » mais « l'État n'est pas désarmé ». Cet équilibre doit être maintenu dans le contexte actuel où l'ordre public demeure toujours prééminent. L'évolution des interceptions téléphoniques après la législation de 1991 (chapitre 1^{er}) illustre que le compromis entre les libertés individuelles et l'intérêt général évolue selon les exigences de l'époque actuelle. Si l'équilibre semble pencher du côté de l'ordre public, les juges européens, en matière d'écoutes judiciaires, et la Commission nationale de contrôle, en matière d'écoutes de sécurité, apparaissent comme les garants des libertés individuelles. Or, quel que soit le rôle palliatif de ceux-ci les insuffisances en matière de libertés individuelles persistent (chapitre 2^{ème}).

Chapitre 1^{er} : L'évolution des interceptions téléphoniques après la législation de 1991

La loi du 10 juillet 1991 a plusieurs fois été modifiée au cours de ces dernières années.¹⁸³ En revanche, les grandes lignes de la loi ainsi que la distinction traditionnelle des écoutes judiciaires (section 1) et administratives (section 2), ayant leur champ d'application distinct, sont maintenues.

¹⁸³ Le titre de la loi est également modifié. Le terme « télécommunications » est remplacé par le terme « communications électroniques », par la loi du 9 juillet 2004. Toujours dans un souci de suivre les avancées technologiques un nouvel article (11-1) visant à soumettre les personnes physiques et morales qui fournissent des prestations de cryptologie, à l'obligation de remettre aux agents les conventions permettant le déchiffrement des données transformées, a été inséré dans la loi du 10 juillet 1991.

Section 1 : Les interceptions judiciaires

Nous avons constaté, d'une manière générale, qu'en matière d'interceptions judiciaires, la législation française est, avec l'adoption de la loi du 10 juillet 1991, devenue conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Il convient dès lors d'observer les évolutions intervenues en la matière, tant au niveau législatif qu'au niveau d'application de la loi (I). Il convient également de noter que la Cour EDH a eu, après l'adoption de la loi de 1991, l'occasion de se prononcer sur la conformité de celle-ci à la Convention EDH. La France, dont le droit a été jugé conforme à la Convention, a cependant été condamnée par la Cour, dans deux affaires différentes, en raison de l'absence d'un contrôle effectif sur les interceptions judiciaires en cause (II).

I – Le bilan de la législation

Les évolutions principales intervenues en la matière nous montrent que le caractère exceptionnel des écoutes judiciaires n'est pas suffisamment respecté (A), mais que le monopôle du juge d'instruction en matière de décision est affirmé par la pratique (B). La question des catégories des personnes protégées par la loi a également connu une certaine évolution tant législative que jurisprudentielle (C).

A) L'omission du caractère exceptionnel des interceptions

Le caractère exceptionnel des interceptions justifie la légitimité de celles-ci. C'est la raison pour laquelle les auteurs de la loi du 10 juillet 1991 ont inséré dans la loi un seuil de deux ans d'emprisonnement permettant la mise sur écoute. Ils ne voulaient pas, par ailleurs, que la mesure d'écoutes soit un instrument parmi d'autres mis à la disposition du juge d'instruction mais qu'elle soit utilisée lorsque les nécessités de l'information l'exigent. Or, le nombre des interceptions judiciaires augmente (§ I) et leur champ d'application s'élargit¹⁸⁴ (§ II).

¹⁸⁴ Les nouvelles dispositions sont reproduites en annexe III.

§ I - L'accroissement du nombre d'écoutes judiciaires

Le ministère de la Justice ne communique aucun document officiel de recensement des écoutes judiciaires. En revanche, les rapports de la CNCIS¹⁸⁵ permettent de prendre connaissance des sources de France Télécom.¹⁸⁶

La CNCIS dénombre 5 691 interceptions judiciaires pour l'année 1991. Le chiffre est ensuite de 9 244 en 1992 et de 10 413 en 1993. Si une décroissance s'amorce à partir de 1995, et ce jusqu'en 1999,¹⁸⁷ le nombre des interceptions devient de nouveau important en 2001.¹⁸⁸ Par contre, c'est à partir de 2002 que les juges d'instruction recourent de plus en plus fréquemment aux écoutes téléphoniques, tendant parfois à banaliser ce moyen qui doit pourtant rester exceptionnel. En effet, la Commission mentionne 12 700 interceptions pour l'année 2002 et 16 200 pour l'année 2003. Finalement, 20 000 interceptions judiciaires sont recensées pour l'année 2004, selon les sources de France Télécom.

Même si les chiffres ne recouvrent pas la totalité des interceptions judiciaires,¹⁸⁹ ils ne permettent pas moins de constater, de façon claire, l'accroissement du nombre d'écoutes judiciaires avec le temps. Il est vrai que cette augmentation s'explique par l'évolution du parc téléphonique (41, 7 millions de portables en fin 2003 et 33,9 millions de téléphones filaires). Cependant, force est de constater que les interceptions ne demeurent plus la mesure d'exception voulue par la loi.

¹⁸⁵ CNCIS, 3^{ème} rapport d'activité 1994, La Documentation française, 1995, p.102 ; 4^{ème} rapport d'activité 1995, La Documentation française, 1996, p.47 ; 9^{ème} rapport d'activité 2000, La Documentation française 2001, p.14 ; 11^{ème} rapport d'activité 2002, La Documentation française 2003, p.18 ; 12^{ème} rapport d'activité 2003, La Documentation française, p.20 ; 13^{ème} rapport d'activité 2004, La Documentation française 2005, p.21

¹⁸⁶ France Télécom n'est pas la seule société à réaliser des interceptions judiciaires. Par contre, elle n'en conserve pas moins la maîtrise de l'exécution des écoutes dans un grand nombre de cas.

¹⁸⁷ 11 229 interceptions en 1995 ; 9 336 en 1996 ; 9 290 en 1997 ; 7 919 en 1998 et 6 497 en 1999.

¹⁸⁸ 9 462 interceptions

¹⁸⁹ Le 22 août 1996, le garde des Sceaux communique au Sénat les chiffres de France Télécom, en indiquant que la répartition d'entreprise France Télécom ne correspond pas à la répartition des tribunaux de grande instance et cours d'appels.

§ II – Le nouveau champ d’application des interceptions judiciaires

Consacré par l’article premier de la loi du 10 juillet 1991, le secret des communications téléphoniques n’était inviolable que dans les conditions prévues par ladite loi. En matière judiciaire, seuls les articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale permettaient au juge d’instruction de procéder à des écoutes téléphoniques. Or, après l’entrée en vigueur de la loi, trois nouvelles dispositions sont venues s’ajouter aux conditions permettant la pratique des interceptions judiciaires.

Il s’agit, en premier lieu, de l’article 80-4, inséré par la loi du 9 septembre 2002¹⁹⁰ dans le Code de procédure pénale, permettant au juge d’instruction de procéder aux interceptions judiciaires dans les conditions prévues aux articles 100§2 et aux articles 100-1 à 100-7 dudit code, au motif de la recherche des causes de la mort ou de disparitions inquiétantes.¹⁹¹ Dans ce cas, les interceptions ne peuvent excéder une durée de deux mois (au lieu de quatre mois), renouvelables sans limitation. Pour le reste, la prise de décision et l’opération d’écoute sont soumises aux règles communes des interceptions judiciaires.

Il s’agit ensuite de l’article 74-2 du Code de procédure pénale, introduit par la loi du 9 mars 2004.¹⁹² Aux termes de cet article « Si les nécessités de l’enquête pour rechercher la personne en fuite l’exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l’interception, l’enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie de télécommunications selon les modalités prévues par les articles 100, 100-1 et 100-3 à 100-7 » du Code de procédure pénale. La durée maximale des interceptions est de deux mois, renouvelable trois fois en matière correctionnelle ; renouvelable sans limitation en matière criminelle. Ainsi, on observe que le Parquet s’associe à la procédure de décision en présentant la requête. En revanche, le maître de la décision d’interception ainsi que l’autorité compétente en matière d’exécution et de contrôle des interceptions est toujours le juge judiciaire.

¹⁹⁰ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d’orientation et de programmation de la justice, dite loi Perben, J.O n° 211 du 10 septembre 2002, p.14934

¹⁹¹ Aux termes de l’article 74-1 du code de procédure pénale “la disparition d’un mineur ou d’un majeur protégé”.

¹⁹² Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II, J.O n° 59 du 10 mars 2004, page.4567, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004

Il s'agit, en dernier lieu, de l'article 706-95 introduit également dans le Code de procédure pénale par la loi du 9 mars 2004. A la différence de deux autres dispositions nouvelles, celle-ci justifie le recours aux écoutes téléphoniques sur un motif relativement large, à savoir la criminalité organisée. En effet, cet article stipule que « Si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications [...] ». L'article 706-73, inséré par la même loi, énumère les infractions qui sont considérées dans le cadre de la criminalité organisée. Les interceptions de cette catégorie peuvent être réalisées pour une durée de quinze jours, renouvelable une seule fois. Or, ce qui semble être le plus important concernant cette disposition est que le recours aux écoutes téléphonique est possible dans le cadre de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire, ce qui était exclu par la loi du 10 juillet 1991 mais également par la jurisprudence antérieure.¹⁹³ Si le juge des libertés et de la détention demeure toujours l'autorité compétente en matière de décision et que les opérations sont faites sous son autorité, le procureur de la République apparaît comme l'autorité principale pour le reste de la procédure. En effet, il appartient à celui-ci ou à l'officier de police judiciaire requis par lui, de procéder aux opérations définies aux articles 100-3 à 100-5 du Code de procédure pénale, à savoir les opérations de mise en place des matériels, d'interception, d'enregistrement et de transcription. Le juge des libertés et de la détention est cependant informé par le procureur de la République, des actes accomplis lors des opérations.

Adoptées dans un souci de meilleure préservation de l'ordre public, les nouvelles dispositions, élargissant le domaine des interceptions judiciaires, entraîneront tout naturellement l'accroissement du nombre des interceptions, ce qui est susceptible de fausser l'équilibre, entre les libertés individuelles et l'intérêt général, équilibre établi par la loi du 10 juillet 1991.

¹⁹³ Arrêts *Baribeau* et *Bacha Baroudé*, précités

B) L'affirmation du monopole du juge d'instruction en matière de décision

Si l'article 706-73 du Code de procédure pénale autorise désormais le recours aux écoutes téléphoniques dans le cadre de l'enquête préliminaire et de flagrance, ceci ne concerne que la criminalité organisée. L'article 100 du Code de procédure pénale, visant seulement l'information judiciaire, demeure donc toujours la règle principale. Dans tous les cas, le juge d'instruction a le pouvoir exclusif d'autoriser l'interception des conversations téléphoniques.¹⁹⁴ Une circulaire d'application¹⁹⁵ de la loi du 10 juillet 1991 précise, pour sa part, que « sont désormais prohibées les interceptions de correspondances ordonnées par le parquet au cours de l'enquête préliminaire ou de flagrance dont la Cour de cassation avait, dans l'état antérieur du droit positif, solennellement affirmé le caractère illicite ». Ainsi établie, cette position est confirmée par l'arrêt du 27 février 1996 de la Cour de cassation.¹⁹⁶

Il s'agit en l'espèce d'enregistrement et de transcription de deux conversations téléphoniques par les policiers agissant en enquête préliminaire, à la demande de X, partie civile dans cette affaire. Saisie par le juge d'instruction, la chambre d'accusation de Paris statue sur la nullité des écoutes téléphonique produites et de la totalité de la procédure en s'appuyant sur deux fondements juridiques : l'impossibilité de réaliser des écoutes téléphoniques hors le cadre d'une information judiciaire ; la provocation policière qui était à l'origine des conversations enregistrées.¹⁹⁷ Par la suite, la Cour de cassation rejette les pourvois formés par le procureur général de Paris et par X contre l'arrêt de la chambre d'accusation de Paris, en estimant que « les articles 100 à 100-7 du code de procédure pénale confèrent au juge d'instruction le pouvoir exclusif d'ordonner que soit pratiquée l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications, ce pouvoir n'étant, en aucun cas, attribué aux officiers policiers judiciaires agissant, comme en l'espèce, en enquête préliminaire et accomplissant des actes de la procédure, au sens de l'article 170 dudit code ». La Cour de cassation confirme également, par cet arrêt, la position de la chambre d'accusation, concernant la nullité des

¹⁹⁴ Au juge d'instruction il faut assimiler la chambre d'accusation qui peut, selon l'article 201§1 du code de procédure pénale, ordonner tout acte complémentaire qu'elle juge utile.

¹⁹⁵ 26 septembre 1991

¹⁹⁶ Cass. crim. 27 février 1996, Dalloz, 1996, jurisprudence, p.346, note, C. GUERY

¹⁹⁷ Chambre d'accusation de Paris, 8 février 1995, Dalloz, 1995, jurisprudence, p.221, note, J.PRADEL

écoutes téléphoniques réalisées par le stratagème, ce qui est admis depuis longtemps par la jurisprudence française.¹⁹⁸

Il convient, à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation, d'observer que la participation d'un officier de police à la procédure d'écoutes téléphoniques réalisées à des fins privées ou effectuées à la demande d'une personne autre que le juge, n'aboutit pas forcément à considérer que desdites écoutes ont un caractère privé. En effet, la Cour considère la mise en place d'un système permettant l'enregistrement des conversations téléphoniques comme un acte d'instruction qui est donc susceptible d'entraîner l'annulation de toute la procédure.¹⁹⁹

La jurisprudence de la Cour EDH ne fait d'ailleurs que confirmer cette solution. Dans l'affaire *A...*²⁰⁰ du 23 novembre 1993, Mme A... avait proposé à un individu de commettre un assassinat et ce dernier avait averti la police en lui proposant de téléphoner au domicile de celle-ci. Par la suite, le commissaire avait accepté et ainsi enregistré la conversation passée entre ces deux personnes. Devant la Cour EDH, le gouvernement français arguait qu'il s'agissait d'écoutes privées et qu'il n'y avait pas d'ingérence de l'autorité publique dans la vie privée du requérant. Il ajoutait que « La fourniture de moyens, tels que bureaux et matériel, par l'autorité publique et l'absence d'opposition de celle-ci ne suffiraient pas à la rendre responsable de l'ingérence ». ²⁰¹ Or, la Cour décide que le commissaire de police, appartenant à l'« autorité publique » a prêté un concours décisif à la réalisation du projet et « agissait dans le cadre de ses fonctions dans la police. Dès lors, la puissance publique se trouvait impliquée à un point tel que la responsabilité de l'État sur le terrain de la Convention était engagée ». ²⁰²

¹⁹⁸ Arrêts *Wilson*, *Imbert*, précitées

¹⁹⁹ Si le système est mis en œuvre par une personne privée sans participation d'un officier de police, il s'agit d'un système de défense comme un autre qui ne peut faire l'objet d'une annulation, ne constituant pas un acte d'instruction mais pouvant valoir comme simple renseignement ouvert à débat contradictoire. J.Pradel, note, précitée.

²⁰⁰ Arrêt *A...* c. RF, CEDH, 23 novembre 1993, C.GUERRIER, *Écoutes téléphoniques*, précité, p.124

²⁰¹ § 34

²⁰² § 36

C) La question des personnes protégées

La loi du 10 juillet 1991 ne disposait que d'une seule règle visant à protéger une catégorie de personnes, à savoir les avocats (§ I). Or, les modifications apportées au code de procédure pénale prévoient de nouvelles catégories de personnes protégées, à savoir les parlementaires et les magistrats (§ II).

§ I – Les avocats

La seule disposition de la loi concernant la mise sur écoute des avocats est celle de l'article 100-7§2 qui exige que le bâtonnier soit informé de l'interception par le juge d'instruction. Le législateur a ainsi voulu que l'interception des conversations d'un avocat soit exceptionnelle et par conséquent que les droits de la défense soient respectés.²⁰³ La jurisprudence en la matière précise l'étendue et les limites de cette protection.

Dans un arrêt du 15 janvier 1997²⁰⁴, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la question de savoir dans quelle mesure la mise sur écoute d'un avocat était compatible avec les droits de la défense. Dans cette affaire, le juge d'instruction, suivi par la Chambre d'accusation, justifiait sa décision d'interception par le fait que l'avocat concerné avait participé, dans un restaurant, à un déjeuner réunissant plusieurs fournisseurs habituels de voitures volées et que l'une des personnes mises en examen a été trouvée en possession d'une carte de visite de l'avocat. La Cour de cassation rappelle que si un juge d'instruction peut mettre sur écoute un avocat, cette mesure doit revêtir un caractère d'exception, en raison du respect dû aux droits de la défense. Elle ajoute que la seule justification réside dans des indices de participation à une infraction et conclut par conséquent que la Chambre d'accusation n'a pas justifié sa décision au regard de ce principe.

Dans une autre affaire²⁰⁵ où il s'agit d'interception les conversations d'un avocat avec la personne ayant servi occasionnellement d'interprète à son client, la Cour, après avoir relevé

²⁰³ Contrairement aux législations turque et suisse, celle française ne comporte aucune disposition visant à protéger le secret professionnel, en matière d'interceptions. Les lois de deux premiers pays interdisent l'interception des conversations ayant lieu entre la personne mise sur écoute et des tiers qui peuvent refuser de témoigner.

²⁰⁴ Cass. crim. 15 janvier 1997, Rev. sc. crim., 1997, p.668 obs. J.-P. DINTILHAC

²⁰⁵ Cass. crim. 30 septembre 1998, Dalloz, 1998, I.R., p.247

que les écoutes ont été réalisées régulièrement, énonce que « la liberté de communication entre l'avocat et son client, qui entraîne l'interdiction d'intercepter les communications téléphoniques qu'ils échangent, ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction, après avoir placé sous écoute téléphonique le domicile d'un proche d'une personne mise en examen, intercepte les communications de ce dernier avec l'avocat du mis en examen ». Ainsi la Cour précise l'étendue de la confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat.

Finalement, dans un arrêt du 1^{er} octobre 2003,²⁰⁶ la Cour de cassation détermine les véritables limites des droits de la défense. En l'espèce, un juge d'instruction prescrit l'interception et la transcription de communications téléphoniques émises sur la ligne d'une personne mise en examen. Il apparaît ensuite, lors de ces opérations, que certains propos recueillis sur cette ligne émanent de l'avocat de cette personne et qu'ils sont susceptibles de constituer des infractions. Par la suite, si le juge d'instruction a sollicité, par prudence, de la chambre d'instruction l'annulation des procès-verbaux, celle-ci a refusé de suivre le juge et donc laissé dans le dossier des procès-verbaux contenant la preuve des infractions présumées commises par l'avocat. Finalement, la Chambre criminelle tranche la question en considérant que le principe de confidentialité ne s'oppose pas à la transcription des propos d'un avocat émis téléphoniquement, lorsque « leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction ». Si le constat que le secret des conversations entre le client et son défenseur est un principe non absolu, n'est pas nouveau,²⁰⁷ la seconde partie de la formule de la Chambre criminelle semble être nouvelle dans la mesure où elle indique que la confidentialité disparaît même si les délits découverts sont étrangers à la saisine du juge d'instruction.

§ II – Les nouvelles catégories de personnes protégées

La première catégorie concerne les parlementaires. Les députés et les sénateurs souhaitent, à défaut d'une exemption qui aurait été à la fois un privilège et inconstitutionnelle, bénéficier d'un statut spécifique concernant l'application des dispositions relatives aux écoutes judiciaires. Cette revendication doit être considérée comme légitime dans la mesure où les députés représentent la souveraineté populaire et tous les parlementaires

²⁰⁶ Cass. crim. 1^{er} octobre 2003, Dalloz, 2004, sommaires commentés, p.671 obs. J.PRADEL

²⁰⁷ Cass. crim., 15 janvier 1997, précité

sont les détenteurs d'une légitimité électorale nationale. C'est avec la loi du 8 février 1995²⁰⁸ qu'ils obtiennent une disposition spécifique créant une dérogation comparable à celle des avocats. En effet, l'article 50 de ladite loi a inséré dans l'article 100-7 du Code de procédure pénale un nouvel alinéa disposant qu' « Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction. »

Il reste à savoir si cette disposition est applicable aux représentants du Parlement européen. Un arrêt récent de la Cour de cassation paraît très clair sur ce point. En effet, la Chambre criminelle estime qu' « il ne résulte d'aucun texte légal ou conventionnel ni d'aucun principe constitutionnel que cette disposition (100-7§1 du code de procédure pénale) soit applicable aux représentants au Parlement européen. »²⁰⁹

La deuxième modification apportée au Code de procédure pénale concerne les magistrats. Introduite dans l'article 100-7§3 dudit code par la loi du 9 mars 2004,²¹⁰ cette nouvelle disposition prévoit qu' « Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit informé. »

Ainsi, il existe actuellement trois catégories de personnes bénéficiant des dispositions spécifiques quant aux conditions de la mise sur écoute de leurs lignes téléphoniques.

II – L'application de la loi et les condamnations de la France

La Cour EDH a rendu deux arrêts importants concernant l'application de la loi du 10 juillet 1991.²¹¹ La France, ayant adopté une législation largement inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne, n'a pu échapper à la condamnation de celle-ci. Il s'agit des affaires Lambert (A) et Matheron (B).

²⁰⁸ Loi no 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O. n° 34 du 9 février 1995 p.2175

²⁰⁹ Cass. crim., 16 mars 2005, Dalloz, 2005, I.R. p.1052

²¹⁰ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, précitée

²¹¹ Arrêt A..., précité, concerne les faits antérieurs à la loi du 10 juillet 1991.

A) La ligne de tiers et l'affaire Lambert

L'arrêt *Lambert*²¹² est le premier arrêt de la Cour EDH permettant à celle-ci de se prononcer sur la conformité de la loi de 1991 à la Convention EDH. Il est également le premier entraînant la condamnation de la France quant à l'application des nouvelles dispositions relatives aux écoutes téléphoniques.

Dans cette affaire, les faits de l'espèce peuvent se résumer ainsi : dans le cadre d'une information judiciaire ouverte des chefs de vols, vols avec effraction, recels de vols simples et aggravés et détention sans autorisation d'armes, un juge d'instruction de Riom délivre une commission rogatoire, donnant mission aux services de gendarmerie de faire d'établir un dispositif d'écoutes téléphoniques concernant une ligne attribuée à X, pour une durée expirant au 31 janvier 1992.²¹³ Par la suite, le juge d'instruction proroge la mise en place du dispositif, par le « soit-transmis » des différentes dates, jusqu'au 31 mai 1992. A la suite de ces écoutes et de l'interception de certaines de ses conversations, le requérant est inculpé de recel de vol aggravé.

Ensuite, le conseil du requérant soulève, devant la chambre d'accusation de la cour d'appel de Riom, la nullité de certains renouvellements des écoutes téléphoniques aux motifs qu'ils sont ordonnés par un simple « soit-transmis » et sans référence aux infractions motivant les écoutes. Après le rejet de la requêtes par ladite chambre par un arrêt du 25 mai 1993, le requérant se pourvoit en cassation au seul moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention EDH et des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale. Par un arrêt du 27 septembre 1993, la Cour de cassation confirme la décision attaquée en considérant que « le requérant était sans qualité pour critiquer les conditions dans lesquelles avait été ordonnée la prolongation d'écoutes téléphoniques sur une ligne attribuée à un tiers ». Au surplus, la Cour reproche à la chambre d'accusation d'avoir examiné les exceptions de nullité présentées par l'intéressé, alors qu'il n'était pas titulaire de la ligne téléphonique sous surveillance. Cela étant, le requérant introduit un recours devant la Cour EDH, sur la base de l'article 8 de la Convention.

²¹² Arrêt *Lambert c. RF*, CEDH, 24 août 1998, JCP 1999.I.105, chronique F.SUDRE ; Dalloz, 1999, p.271, obs. J.-F.RENUCCI

²¹³ La commission rogatoire est délivrée le 11 décembre 1991.

Ainsi saisie, la Cour européenne procède à son analyse désormais classique. Après avoir constaté l'existence d'une ingérence d'une autorité publique et l'existence d'une base légale en droit interne, elle examine la qualité de la loi. Concernant la condition d'accessibilité, la Cour observe qu'elle est remplie hors de doute en l'espèce. Le droit français ne présentait pas, jusqu'ici, des défauts majeurs, même avant l'adoption de la loi du 10 juillet 1991. Quant à la prévisibilité de la loi qui était l'origine de la condamnation de la France à la suite des arrêts *Huvig* et *Kruslin*, la Cour de Strasbourg considère que la « loi du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications pose des règles claires et détaillées et précise, *a priori*, avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré ».²¹⁴ Concernant la finalité de l'ingérence, partageant l'opinion du gouvernement français, la Cour estime en l'espèce que l'ingérence consistant au placement sous écoutes visait à permettre la manifestation de la vérité dans le cadre d'une procédure criminelle et tendait donc à la défense de l'ordre.

Finalement, il reste à savoir si cette ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ses objectifs. À cet égard, la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de pareille nécessité, mais elle va de paire avec un contrôle efficace portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. Or, dans l'affaire *Lambert*, le requérant souligne que la décision de la Cour de cassation l'avait privée de toute possibilité concrète d'utiliser les voies de recours prévues par la loi pour faire sanctionner les irrégularités commises par les autorités. Par contre, le gouvernement estime, quant à lui, que le requérant ayant déjà bénéficié d'un recours devant la chambre d'accusation, un recours supplémentaire devant la Cour de cassation ne s'imposerait donc pas pour satisfaire à l'exigence de « contrôle efficace ».

La Cour relève, tout d'abord, que le requérant avait bénéficié d'un recours sur le point en litige devant la chambre d'accusation qui avait estimé les renouvellements des écoutes téléphoniques par le juge d'instruction conformes aux dispositions des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale. Cependant, elle constate que la Cour de cassation, gardienne de la loi nationale, avait reproché à la chambre d'accusation d'avoir examiné au fond la requête

²¹⁴ § 28

du requérant. En conséquence de quoi, tout en relevant que les dispositions de la loi de 1991 répondent aux exigences de l'article 8 de la Convention et à celles des arrêts *Kruslin* et *Huvig*, la Cour constate que le raisonnement de la Cour de cassation pouvait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un nombre très important de personnes, à savoir toutes celles qui conversent sur une autre ligne que la leur, ce qui reviendrait d'ailleurs, selon elle, à vider le mécanisme protecteur de sa substance. Elle en conclut donc que le requérant n'a pas bénéficié d'un « "contrôle efficace" tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était "nécessaire dans une société démocratique" l'ingérence litigieuse. »²¹⁵

B) Le contrôle des interceptions et l'affaire Matheron

L'arrêt *Matheron*²¹⁶ se situe dans la même ligne que l'arrêt *Lambert*, même si les faits des deux affaires sont assez différents l'un à l'autre. La Cour européenne décide que le requérant n'a pas bénéficié d'un contrôle efficace, même si la législation française répond aux exigences de la Convention EDH en matière d'écoutes téléphoniques.

Il ressort de cet arrêt dont les faits sont passablement complexes, que sept personnes dont R.Matheron et un certain G.B. sont mis en examen, courant 1994, par un juge d'instruction de Marseille pour infraction à la législation sur les stupéfiants. Pareillement, deux magistrats instructeurs de Nancy signent une commission rogatoire aux fins d'écoutes téléphoniques dans le cadre d'une affaire portant sur les faits différents et impliquant G.B. Par commission rogatoire du 20 décembre 1994, le juge marseillais ordonne la transcription des écoutes qui avaient été effectuées à la demande de ses collègues nancéens ; de la sorte que le contenu de ces écoutes va se retrouver dans son propre dossier. C'est alors que R.Matheron dépose une requête en nullité de la commission rogatoire du 20 décembre 1994 et de la procédure subséquente, en invoquant notamment le fait que les écoutes litigieuses constituaient l'essentiel des charges retenues contre lui alors qu'il n'avait pu les contester dans le cadre de la procédure de Nantes à laquelle il était étranger. Mais la chambre d'accusation d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 30 septembre 1998 rejette sa demande et, sur

²¹⁵ § 40

²¹⁶ Arrêt *Matheron* c. RF, CEDH, 29 mars 2005, § 33, *Un contrôle très strict des écoutes téléphoniques par la Cour de Strasbourg*, note J. PRADEL, Dalloz, 2005, jurisprudence, p.1755 ; *Droit du justiciable au contrôle efficace de la régularité des écoutes téléphoniques*, note L. Di RAIMONDO, JCP 2005.II.10091,

son pourvoi, le président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation décide par l'ordonnance du 1^{er} février 1999 qu'il n'y a pas lieu de l'examiner en l'état. Peu après, la chambre d'accusation d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 30 juin 1999, renvoie R.Matheron devant la cour d'assises des Bouches-du-Rhône. Celui-ci frappe finalement d'un pourvoi les deux arrêts des 30 septembre 1998 et 30 juin 1999 en invoquant encore le versement à son dossier d'écoutes téléphoniques dont il n'avait pu contester la régularité. La Chambre criminelle lui répond cependant « qu'il n'appartient pas à la chambre d'accusation d'apprécier la régularité de décisions prises dans une procédure autre que celle dont elle est saisie, extérieure à son ressort, décisions par ailleurs insusceptibles de recours en application de l'article 100 du Code de procédure pénale ». La voie des recours internes étant épuisée, R.Matheron introduit un recours devant la Cour EDH, sur la base de l'article 8 de la Convention.

Saisie, pour la première fois, sur la régularité des procès-verbaux d'écoutes téléphoniques provenant d'une procédure à laquelle le requérant est étranger et ensuite dans une procédure le concernant directement, la Cour devait décider comment traiter cette situation au regard de l'article 8§2 de la Convention. Dans son arrêt du 29 mars 2005, la Cour considère, tout d'abord, qu'il y a une ingérence d'une autorité publique dans le droit au respect de la vie privée du requérant et que cette ingérence a une finalité légitime. Quant à la question de savoir si ladite ingérence est prévue par la loi, la Cour estime qu'« il n'apparaît pas que la situation des personnes écoutées dans le cadre d'une procédure à laquelle elles sont étrangères soit couverte par ces dispositions (les articles 100 et suivants du Code de procédure pénale) ».²¹⁷ Il en résulte que la Cour européenne laisse entendre qu'un fondement légal pouvait manquer à cette ingérence²¹⁸ mais elle « n'estime pas devoir se prononcer sur ce point dès lors que la violation est encourue pour un autre motif », ²¹⁹ à savoir le contrôle de l'ingérence par le juge national.

²¹⁷ § 31

²¹⁸ Cette position de la Cour EDH est fortement critiquée par M. PRADEL, (*Un contrôle très strict des écoutes téléphoniques par la Cour de Strasbourg*, précité). Celui estime que la loi de 1991 « ne distingue pas selon que les écoutes se trouvent dès l'origine dans le dossier où l'intéressé est partie ou se trouvaient initialement dans un autre dossier dans lequel il n'était pas partie. La seule condition de fond retenue par ces articles concerne "les nécessités de l'instruction" ».

²¹⁹ § 32

Le requérant, disposait-il d'un « contrôle efficace » pour contester les écoutes téléphoniques litigieuses ? Telle était la question à laquelle les juges de Strasbourg devaient répondre. Le gouvernement français considérait que le fait que les écoutes téléphoniques aient été ordonnées par un magistrat et réalisées sous son contrôle était suffisant pour que soit assuré un contrôle et qu'un second contrôle, par la chambre d'accusation compétente dans la procédure relative au requérant, ne s'imposait pas. Cependant la Cour européenne rejette cette thèse en notant « qu'un tel raisonnement conduirait à considérer que la qualité de magistrat de celui qui ordonne et suit les écoutes impliquerait, *ipso facto*, la régularité des écoutes et leur conformité avec l'article 8, rendant inutile tout recours pour les intéressés ».²²⁰ Les juges européens entendent ainsi permettre un contrôle aussi large que possible. La Cour conclut, dans des termes proches de ceux utilisés dans l'arrêt *Lambert* que « le raisonnement de la Cour de cassation pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un certain nombre de personnes, à savoir toutes celles qui se verraient opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans des procédures étrangères à la leur, ce qui reviendrait, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance » et que « l'intéressé n'a pas bénéficié d'un "contrôle efficace" tel que voulu par la prééminence du droit ».²²¹

Les deux affaires qui viennent d'être étudiées nous montrent comment l'interprétation restreinte d'une loi peut entraîner une condamnation, alors que la loi même est conforme à la Convention EDH. Ainsi, les juges européens apparaissent beaucoup plus vigilants que leurs homologues nationaux concernant le respect de la vie privée.

Section 2 : Les interceptions de sécurité

A la différence des interceptions judiciaires, celles de sécurité, étant donné leur caractère secret, n'ont donné lieu ni à une jurisprudence nationale ni européenne. Pour autant, nous pouvons suivre les évolutions grâce aux travaux et aux rapports de la CNCIS, cette dernière jouant un rôle crucial en ce qui concerne non seulement le contrôle des interceptions

²²⁰ § 40

²²¹ § 41 et § 43

mais également l'information du public et donc assurant une certaine transparence en la matière (I).

Parallèlement, la même tendance se manifeste à propos du secret-défense qui concerne très souvent les interceptions de sécurité. Compte tenu du lien étroit entre ces deux notions, nous envisagerons d'observer les évolutions intervenues en matière de secret-défense, tout en indiquant les effets de celles-ci sur les interceptions de sécurité (II).

I – Les travaux de la CNCIS

L'un des objectifs visés par la loi du 10 juillet 1991 est de garantir une certaine transparence quant à l'application de la loi, en matière d'interceptions de sécurité. Conformément à l'article 19 de la loi, la CNCIS remet chaque année au Premier ministre un rapport sur les résultats de son activité. Ces rapports, étant rendus public, nous permettent de procéder à une analyse brève sur l'évolution du nombre et des motifs des interceptions de sécurité. (A) La CNCIS est, également et avant tout, chargée de veiller au respect des dispositions de la loi. Il n'est donc pas étonnant qu'elle adresse des recommandations concernant la procédure dite d'« extrême urgence », méconnue par la loi de 1991 et menaçante pour l'efficacité de celle-ci. (B)

A) Le nombre des interceptions, les renouvellements, la répartition par motifs

Les dispositions de la loi du 10 juillet 1991 visent à donner aux interceptions de sécurité, comme à celles judiciaires, un caractère exceptionnel. En effet, l'article 5 de ladite loi prévoit que « le nombre maximum des interceptions susceptibles d'être pratiquées simultanément [...] est arrêté par le Premier ministre ». Il convient cependant de rappeler que les contingents d'interceptions ne doivent pas être confondus avec le nombre total d'interceptions (les demandes initiales et les renouvellements) réalisées annuellement au profit des trois ministères concernés. Les contingents impliquent, en effet, le nombre des lignes susceptibles d'être simultanément mises sur écoute, conformément à la répartition réalisée à l'initiative du Premier ministre. Il est, dès lors, possible qu'une nouvelle interception s'effectue sur une ligne dès qu'elle se libère. Cela étant, le nombre total d'interceptions est naturellement plus grand que celui de contingents.

Après l'entrée en vigueur de la loi, les premiers contingents, fixés le 1^{er} octobre 1991 par le Premier ministre, prévoyaient 1 180 d'interceptions simultanées selon la répartition suivante : 232 pour le ministère de la Défense ; 928 pour le ministère de l'Intérieur ; 20 pour le ministère chargé des douanes. Ainsi fixés, les contingents sont restés inchangés jusqu'en 1997, selon le souhait de la CNCIS.²²² Or, l'augmentation des quotas a néanmoins été envisagée, en 1997, en raison de l'accroissement du nombre des lignes et suite à l'allocation d'un contingent à la gendarmerie qui n'en disposait pas jusqu'alors. Le quota est en effet passé de 1 180 à 1 540, pour des motifs technologiques d'ordre public.²²³ Non modifiés jusqu'en 2003, les contingents ont été, de nouveau, augmentés en 2003, en raison de l'extension massive du parc téléphonique imputable au GSM et de l'impulsion donnée à la lutte contre la criminalité et la délinquance organisée, notamment par la création des groupements d'intervention régionaux.²²⁴ Ainsi, les contingents actuellement en vigueur sont comme suit : 400 pour le ministère de la Défense ; 1190 pour le ministère de l'Intérieur ; 80 pour le ministère chargé des douanes ; soit 1 670 au total.

À la suite de l'augmentation des contingents, le nombre effectif des interceptions réalisées, a également et naturellement augmenté. L'information sur les chiffres apparaît, pour la première fois, avec le 3^{ème} rapport d'activité de CNCIS, en 1994. Selon ces statistiques, on observe, qu'en 1994, 4 413 interceptions de sécurité, dont 1732 renouvellements, sont réalisées. Après une période de stabilité,²²⁵ un léger infléchissement apparaît en 1999 et notamment en 2000.²²⁶ probablement dû aux attentats du 11 septembre, le nombre total des interceptions s'accroît de nouveau en 2001.²²⁷ Finalement, suite à l'augmentation des contingents, intervenue en 2003, on remarque une forte augmentation du nombre des écoutes

²²² « La Commission considère, en effet, que le maintien du contingent à son nombre actuel doit inciter les services concernés à supprimer le plus rapidement possible les interceptions devenues inutiles, avant de pouvoir procéder à de nouvelles écoutes. Ainsi peut être respectée la volonté manifestée par le législateur de garder aux interceptions de sécurité un caractère exceptionnel. » La CNCIS, 3^{ème} rapport d'activité 1994, p.16

²²³ La répartition est devenue ainsi : 330 pour le ministère de la Défense ; 1 190 pour le ministère de l'Intérieur ; 20 pour le ministère chargé des douanes.

²²⁴ CNCIS, 12^{ème} rapport d'activité 2003, p.14

²²⁵ En 1995 : 4 623 (1 778 renouvellements) ; en 1996 : 4 623 (1 819 renouvellements) ; en 1997 : 4 713 (1 803 renouvellements) ; en 1998 : 4 746 (1 684 renouvellements)

²²⁶ En 1999 : 4 577 (1 599 renouvellements) ; en 2000 : 4 175 (1 486 renouvellements)

²²⁷ En 2001 : 4 515 (1 417 renouvellements)

de sécurité. En effet, la CNCIS recense 4 994 (1 677 renouvellements) et 5 651 (1 918 renouvellements) interceptions respectivement pour les années 2003 et 2004.

Sont révélés également par la CNCIS, à partir de 1995, les chiffres concernant la répartition des interceptions de sécurité par motifs constructifs. Il ressort de ces statistiques que la référence la plus fréquente, en tant que motif, est soit le “terrorisme” soit la “criminalité organisée”. De sorte que 83 % des demandes initiales en 1995 (terrorisme 41 %, criminalité organisée 42 %) ; 91 % des demandes initiales en 2000 (terrorisme 36 %, criminalité organisée 45 %) et 84 % des demandes initiales en 2004 (terrorisme 34 %, criminalité organisée 50 %) ont reposé sur ces deux motifs. La “sécurité nationale” vient ensuite en troisième lieu avec une proportion plus au moins stable.²²⁸ Le nouveau motif introduit par la loi de 1991, le “potentiel scientifique et économique” connaît une croissance exceptionnelle avec cependant une baisse à partir de 1998.²²⁹ Quant au dernier motif, à savoir les “groupements dissous”, il est peu utilisé et devient quasi insignifiant.²³⁰ Concernant non plus les demandes de renouvellements d’interceptions, le motif “criminalité organisée” laisse sa place à la “sécurité nationale”. En effet, en 2003 par exemple, 40 % des demandes de renouvellement ont été introduites au motif de la “sécurité nationale” contre 13 % des demandes reposant sur la “criminalité organisée”.

B) La procédure dite d’« extrême urgence » et l’approche de la CNCIS

La loi du 10 juillet 1991 ne prévoit pas de dispositions relatives en cas d’urgence.²³¹ En pratique, les demandeurs présentent cependant, s’il est souhaité qu’elles soient traitées, dans des cas requérant une particulière célérité, « en urgence » ou même « en extrême urgence » et dans le même sens « en urgence absolue ».²³² Le traitement en urgence simple ne

²²⁸ 12 % des demandes initiales en 1995 ; 18 % en 1996 ; 15,98 % en 1997 ; 16,04 en 1998 ; 16 % en 1999 ; 16 % en 2000 ; 16 % en 2001 ; 15 % en 2002 ; 15 % en 2003 ;

²²⁹ 4 % des demandes initiales en 1995 ; 6,1 % en 1997 ; 3,92 % en 1998, 1,5 % en 2001 ; 1 % en 2002 et en 2003

²³⁰ En 1995 : 17 demandes initiales, 23 renouvellements ; depuis 1999 aucune demande initiale et depuis 2001 aucun renouvellement.

²³¹ Contrairement à la législation allemande.

²³² En 1995, % 10 ; en 1996, % 5 ; en 1997, % 6,77 ; en 1998, % 9,42 ; en 1999, % 8 ; en 2000, % 5 ; en 2001, % 8 ; en 2002, % 8 ; en 2003, % 16,3 ; en 2004, % 17 des demandes initiales sont accompagnées de la mention « extrême urgence » ou « urgence absolue ».

pose pas de problème particulier dans la mesure où il implique seulement une diligence plus grande de la part du Groupement interministériel de contrôle et des agents habilités dans l'exécution de l'interception après que celle-ci ait été autorisée. En revanche, le cas est différent pour les situations d'extrême urgence où l'interception commence sans l'autorisation préalable du Premier ministre et l'examen de justification des motifs n'est effectué par l'organisme de contrôle que tardivement. Or, les grandes innovations de la loi de 1991, en matière d'interceptions de sécurité, étaient la création d'un organisme de contrôle pour l'appréciation des motifs d'une part, et l'obligation de soumettre toutes les décisions d'interception à l'autorisation préalable du Premier ministre d'autre part. La pratique d'extrême urgence apparaît, dès lors, comme un usage susceptible de donner lieu à des abus et par conséquent de nuire à l'efficacité de la loi de 1991 alors que celle-ci dispose de règles précises dans le domaine considéré touchant d'aussi près les libertés publiques.

En effet, la CNCIS évoque, dès son premier rapport d'activité, une certaine inquiétude concernant l'utilisation de la procédure d' « extrême urgence ». Sans dénoncer expressément ladite pratique, la Commission rappelle que « même en cas d'extrême urgence, le respect de la loi impose la nécessité d'une autorisation en bonne et due forme dont l'obtention doit être justifiée sans délai ».²³³ La Commission n'est pas plus explicite dans son second rapport : elle recommande que « la procédure d'extrême urgence soit strictement réservée à la prévention d'actes d'une très grande gravité faisant courir un risque imminent, et que la régularisation, par confirmation écrite, intervienne sans délai ».²³⁴ Ainsi, on observe que la CNCIS ne fait pas particulièrement état, dans ses premiers rapports, de cette pratique, dont elle avait connaissance. Il faut donc attendre le troisième rapport, rendu après l'affaire *Schuller-Maréchal*,²³⁵ pour que cette procédure et ces effets pervers soient opportunément dénoncés.

²³³ CNCIS, 1^{er} rapport d'activité 1991-1992, p.150

²³⁴ CNCIS, 2^{ème} rapport d'activité 1993, p.15 et p.38

²³⁵ CNCIS, 4^{ème} rapport d'activité 1995, p.27 ; C.GUERRIER, *Les écoutes téléphoniques*, précité, p.221 ; J.GEORGEL, *Les libertés de communication : contrôle d'identité, écoute téléphonique, vidéosurveillance*, Dalloz, 1996, p.92.

L'affaire, concernant à la fois les écoutes judiciaires et celles de sécurité, est d'une très grande complexité. Ce qui est intéressant, en ce qui concerne la procédure d'extrême urgence, est qu'en l'espèce, au nom de l'extrême urgence, le directeur de la Police judiciaire, passant outre l'autorisation de Matignon, contacte directement le général placé à la tête du groupement interministériel de contrôle, afin d'obtenir le branchement de la ligne de M. Maréchal. Par la suite, ce n'est que le lendemain que l'autorisation du Premier ministre (en réalité de son délégué) est officiellement donnée et une semaine plus tard, lors de sa visite hebdomadaire, que le Président de la CNCIS est informé.

Dans ce rapport, la CNCIS admet que la loi du 10 juillet 1991 ne prévoit aucune procédure concernant les cas d'urgence, elle ajoute cependant que la Commission ne méconnaît pas les impératifs de tels cas. Elle informe ensuite qu'une nouvelle recommandation prévoyant que « la demande d'extrême urgence doit être accompagnée d'une justification spéciale mentionnant l'événement dont l'immédiateté rend indispensable le recours à une telle procédure », a reçu le plein accord du Premier ministre.²³⁶ C'est toujours suite à cette affaire que, le Président de la CNCIS, remet, le 28 février 1995 au Premier ministre, une autre « recommandation sur la procédure d'extrême urgence ».²³⁷ L'article 1^{er} de cette recommandation stipule, de manière ferme, qu'« il ne saurait être question [...] de proposer une procédure nouvelle dérogatoire à la loi en vigueur ». Ensuite, l'article 4 ajoute qu'« il est clair que, pour respecter les exigences de la loi, aucune interception ne doit être réalisée au GIC avant réception de l'autorisation, écrite et motivée, accordée par le Premier ministre ou l'un de ses délégués ». Après avoir rappelé les propositions précédentes de la Commission, la recommandation conclut à la nécessité d'accélérer la procédure de l'obtention de la décision du Premier ministre.²³⁸ Ainsi, il ressort de cette recommandation que la Commission ne considère pas la pratique d'extrême urgence comme contraire à la loi. En effet, elle tente de justifier le recours à une telle procédure, qui n'est pas prévue par la loi comme elle admet, en proposant des solutions visant à empêcher les abus éventuels. C'est dans ce sens qu'en 2003²³⁹ la Commission énonce que « le Premier ministre a accepté la proposition de la CNCIS tendant à généraliser son contrôle *a priori*²⁴⁰ sur toutes les demandes, y compris en cas d'extrême urgence ».²⁴¹ Ainsi, la CNCIS apparaît, après la législation de 1991, comme un nouvel acteur dont l'objectif est d'établir un compromis entre l'ordre public et les libertés individuelles.

²³⁶ CNCIS, 3^{ème} rapport d'activité 1994, p.20 et p.21

²³⁷ CNCIS, 4^{ème} rapport d'activité 1995, p.33

²³⁸ La CNCIS propose la substitution au carton à trois volets d'un document unique qui soit immédiatement transmis par fax.

²³⁹ En 2003, une augmentation remarquable du recours à la procédure d'extrême urgence s'est produit ; sur un total de 3 362 demandes initiales, 548 ont été acheminées selon la procédure d'extrême urgence.

²⁴⁰ Il faut rappeler qu'aux termes de la loi du 10 juillet 1991 (article 14), la Commission est censée émettre un avis *a posteriori*. Cependant, dès les premiers mois de fonctionnement de la Commission, il est apparu que la solution retenue n'était pas satisfaisante. En effet la recommandation de la Commission survenait alors que l'interception était déjà réalisée. Pour cette raison, le Premier ministre a accepté rapidement la proposition selon laquelle la Commission serait consultée *a priori*, pratique qui n'a jamais été remise en cause.

²⁴¹ CNCIS, 12^{ème} rapport d'activité 2003, p.18

II – Les interceptions de sécurité et le secret défense

« La recherche constante de la vérité qui doit caractériser toute justice digne de ce nom ne saurait mettre en péril la sécurité et par-là l'existence de l'État. Telle est la ratio du concept de “secret-défense”, intimement lié à la raison d'État ». ²⁴² En effet, personne ne saurait valablement contester la nécessité de couvrir du secret-défense certaines informations ou certains faits dont la divulgation serait de nature à nuire à la sécurité de l'État et, de ce fait, aux citoyens. Le secret-défense, reconnu par la Cour EDH (A), est en pleine évolution, ayant un impact important sur les interceptions de sécurité (B).

A) La reconnaissance du secret-défense par la Cour des droits de l'homme

L'article 10 ²⁴³ de la Convention EDH prévoit la possibilité de limiter la réception ou la communication des informations, au nom de l'intérêt supérieur de l'État. La jurisprudence de la Cour EDH, précise la portée de cette limitation, à l'occasion des affaires qu'elle est appelée à juger.

En 1976, la Cour EDH traite du cas d'un militaire qui avait été condamné à trois mois d'affectation dans une unité disciplinaire sur la base de l'article 147 du code pénal néerlandais, au motif qu'il avait participé à l'édition et à la diffusion d'un journal prétendument séditionnel. ²⁴⁴ Après avoir épuisé les voies directes internes, E.Hengel et autres introduisent une requête devant la Cour EDH en estimant que l'application au cas d'espèce

²⁴² D.RICHARD, *Secret défense : entre comitologie et État de droit*, Dalloz, 1999, chronique, p.270

²⁴³ « 1 Toute personne a le droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. ... »

2 L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale, ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé et à la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

²⁴⁴ Arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, CEDH, 8 juin 1976, V.BERGER, *Jurisprudence de la Cour EDH*, précité, p.263

dudit article du code pénal est contraire au principe de liberté et d'expression proclamé par l'article 10 de la Convention. L'État défendeur argue de ce que les demandeurs étaient militaires dans la caserne où des conflits étaient apparus, qu'ils ont droit, comme tous les citoyens, à la liberté d'expression mais qu'ils ont abusé de cette liberté en prenant partie contre les autorités dans un journal qui a circulé au sein de la caserne et en participant au climat d'agitation. La Cour EDH, après avoir rappelé que la liberté d'expression était un fondement de la démocratie, estime que l'État néerlandais a seulement cherché à garantir l'ordre public, représenté par l'armée, et a fait prévaloir l'intérêt général.²⁴⁵ Elle précise également que les militaires sont tenus à plus de discrétion que les autres personnes physiques.²⁴⁶

En 1992, dans une autre affaire²⁴⁷ la Cour européenne prend la même position précédemment. En l'espèce, un officier grec, condamné pour avoir communiqué des renseignements intéressant à la sécurité nationale, à une société privée, introduit un recours devant la Cour EDH, sur la base de l'article 10 de la Convention. Le requérant qui travaillait à un programme d'expérimentation d'un missile, explique, dans sa requête, qu'il n'a pas manqué à l'obligation de confidentialité et qu'il a diffusé des informations sans nuire à la sûreté nationale. L'État défendeur fait prévaloir que le requérant a été condamné en raison des fonctions particulières qu'il occupait et du caractère secret qu'aurait revêtu le projet expérimental. Finalement, la Cour EDH admet que l'État grec s'est défendu contre une atteinte à ses intérêts fondamentaux et que le requérant, étant le responsable d'un programme d'expérimentation d'un missile, a manqué à une obligation de réserve pour tout ce qui touche à l'exercice de ses fonctions.²⁴⁸

²⁴⁵ “La Cour constate que les requérants ont contribué, à un moment où une certaine tension régnait dans la caserne d'Ermelo, à éditer et à y diffuser un écrit dont les extraits pertinents se trouvent reproduits. ... Dans ces circonstances, la Haute Cour militaire a pu avoir des raisons fondées d'estimer qu'ils avaient tenté de saper la discipline militaire et qu'il était nécessaire à la défense de l'ordre de leur infliger la sanction dont elle les a frappés. Il ne s'agissait donc pas pour elle de les priver de leur liberté d'expression, mais uniquement de réprimer l'abus qu'ils avaient commis dans l'exercice de cette liberté.” § 101

²⁴⁶ § 103

²⁴⁷ Arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce*, CEDH, 16 décembre 1992

²⁴⁸ § 46

Finalement, une affaire de presse, opposant un journal aux Pays-Bas, est particulièrement instructive en matière de secret-défense.²⁴⁹ Un périodique, *Bluf*, dans un but avéré d'information, avait publié un rapport confidentiel du service de sécurité intérieure, auquel était reprochée l'opacité de son fonctionnement. Le gouvernement néerlandais avait, par la suite, décidé la saisie et le retrait de la circulation de l'hebdomadaire. Le requérant estime, dans sa requête introduite devant la Cour EDH, qu'il a été porté atteinte à la liberté de presse composante de la liberté d'expression, alors que l'État ne courait aucun danger. Il argue, par ailleurs, que le service de sécurité intérieure a eu un comportement discriminatoire dans la mesure où, lors du retrait, les informations en question avaient déjà fait l'objet d'une large diffusion.²⁵⁰ La Cour européenne reconnaît, dans son arrêt du 9 février 1995, que le bon fonctionnement d'une société démocratique fondée sur la primauté du droit peut exiger des institutions comme le service de sécurité intérieure, qui, pour être efficace, doit opérer en secret et recevoir la protection nécessaire. Il est donc possible d'interdire la publication des textes qui sont placés sous la protection discrète d'autorité publique. La Cour estime néanmoins que le secret ne peut être discriminatoire : à partir du moment où ces textes ont une diffusion, même restreinte, auprès du public, le refus d'accessibilité aurait été discriminatoire et aurait constitué une atteinte à la liberté d'expression.

B) Le droit français et le secret-défense

Aux termes de l'article 413-9 du Code pénal, « les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion » sont protégés par le secret-défense. Un deuxième alinéa ajouté, à cette définition formelle, un critère tenant à la sensibilité du contenu des informations : « Peuvent faire l'objet de telles mesures les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale ».

²⁴⁹ Arrêt *Verenignig Weekblad Bluf c. Pays-Bas*, CEDH, 9 février 1995

²⁵⁰ Le requérant s'appuie également, pour justifier sa requête, sur les faits que le document en question datait de six ans au moment de la saisie et qu'il était de nature assez générale, le chef du service de sécurité ayant, lui-même, admis qu'en 1987 les informations litigieuses n'étaient plus des secrets d'État et qu'il portait la simple mention de "confidentiel", ce qui représente un degré peu important de secret. La Cour accueille largement les propos de requérant. § 41

Il résulte de ces dispositions que les données qui ont fait l'objet d'une classification, parce qu'elles contiennent des informations présentant une importance particulière pour la protection des intérêts fondamentaux de la Nation, ne peuvent être communiquées aux personnes non habilitées. À cet égard, le décret du 17 juillet 1998²⁵¹, qui a réorganisé les niveaux de classification, restreint²⁵² le champ du secret-défense en exigeant, pour autoriser la classification, un risque de nuisance très grave à la défense nationale (très secret-défense), un risque de nuisance grave (secret-défense), ou tout au moins, un risque de nuisance à la défense nationale ou à la protection d'un secret classifié très secret-défense ou secret-défense (confidentiel-défense).

Ainsi résumé, le secret défense concerne de près les interceptions de sécurité. En effet, les interceptions de sécurité relèvent des informations classifiées secret-défense. Les motivations des demandes présentées reposent très souvent sur des documents, des procédés, des objets, qui sont protégés par le secret. Si une telle protection apparaît, compte tenu de la nature de ces informations, nécessaire, il est cependant vrai que le secret-défense est susceptible de faire l'objet d'utilisations arbitraires dans la mesure où la décision de classer et de déclasser relève du pouvoir d'appréciation des membres du gouvernement.²⁵³ En effet, il est possible que cette notion s'oppose aux magistrats, dans le cadre de procédures judiciaires, empêchant la manifestation de la vérité. L'affaire dite des *écoutes téléphoniques de l'Élysée*²⁵⁴ en est, à cet égard, une bonne illustration.

²⁵¹ Décret no 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale, J.O n° 165 du 19 juillet 1998, p.11 118

²⁵² Abrogé par le décret de 1998, le décret du 12 mai 1981 visait à la fois, la protection de la défense nationale et la sûreté de l'État.

²⁵³ P.TÜRK, *Six ans d'activité de la Commission consultative du secret de la défense nationale*, Petites Affiches, 24 juin 2005, n° 125, p.4

²⁵⁴ C.JOBELOT, *L'affaire des écoutes téléphoniques de l'Élysée*, mémoire de DEA, rédigé sous la direction de M.BEAUD, 1999-2000, Paris II ; il est également possible de se référer à J.M. PONTAUT et J. DUPUIS, *Les oreilles du Président*, Fayard, 1996

L'affaire des écoutes de l'Élysée est une affaire d'écoutes téléphoniques illégales dans laquelle serait impliquée la cellule antiterroriste de l'Élysée dirigée par Christian Prouteau et créée par François Mitterrand en 1982. Cette affaire, qui a été révélée pour la première fois par le quotidien *Libération*, le 2 avril 1993, aurait selon le dossier concerné 150 personnes. Près de 3000 conversations auraient été enregistrées entre janvier 1983 et mars 1986. Les écoutes, que les initiés appellent les « bretelles du président », ont apparemment cessé au moment de la victoire de la droite aux élections législatives de mars 1986 qui a entraîné une période de cohabitation. Le

Dans cette affaire, fortement médiatisée, toutes les investigations du juge d'instruction ont été entravées par le secret de la défense nationale.²⁵⁵ Ce n'est qu'en 1993, saisie par le Premier ministre de l'époque (M.Bérégovoy), que la CNCIS a procédé à une enquête sur l'affaire et mis en lumière certaines informations concernant la « cellule antiterroriste ».²⁵⁶ Il faut préciser que l'enquête a eu lieu sous couvert du secret-défense, le Président de la Commission (M.Bouchet) ayant obtenu, comme il l'avait demandé, que ce secret ne lui soit pas opposable, afin qu'il puisse avoir accès aux documents classifiés et procéder à l'audition de personnes, elle-même soumises au secret-défense. Dans les conclusions de son enquête, la CNCIS distingue les informations qui relèvent du Groupement interministériel de contrôle de celles qui concernent exclusivement la « cellule de l'Élysée ». L'idée retenue est la suivante : les informations concernant le GIC sont couvertes par le secret-défense en raison de sa mission particulière. En revanche, la « cellule », qui ne peut être associée à cette mission, ne peut bénéficier de la protection afférente au GIC.²⁵⁷ C'est ainsi que la publication de quelques informations a été possible. Suite à cette publication, si le Président de la CNCIS a été convoqué par le juge d'instruction afin d'obtenir d'éventuelles informations recueillies par la Commission, le secret-défense invoqué par le Président a, encore une fois, empêché la manifestation de la vérité. Par la suite et toujours dans le cadre de cette affaire, le 10 avril 1997, le Premier ministre de l'époque (M.Juppé) a saisi la CNCIS d'une mission de contrôle et d'expertise des documents retenus par la Direction de la surveillance du territoire sous le contrôle du juge d'instruction, dans une procédure relative à la découverte des archives de M.Proureau. Dans son avis en date du 13 mai 1997, la CNCIS a considéré que les documents

procès de l'affaire s'est ouvert le 15 novembre 2004, devant la 16ème chambre du tribunal correctionnel de Paris et s'est achevée le 23 février 2005.

²⁵⁵ G.Ménage (directeur adjoint du cabinet de F.Mitterrand), C.Proureau (chef de la « cellule antiterroriste »), P.Y. Gilleron et J.L.Esquivié (colloborateurs de C.Proureau) ont tous refusé de répondre aux questions du juge d'instruction au motif qu'ils étaient liés par le secret défense et qu'ils ne pouvaient pas y répondre que dans la mesure où le Premier ministre le délierait de ce secret. Le juge a demandé alors au Premier ministre de l'époque, E.Balladur, d'indiquer si le refus de réponse de G.Ménage lui paraissait légitime. Le Premier ministre répond que « Je vous confirme que les questions relatives aux procédures –personnels et missions du GIC- dont G.Ménage aurait été appelé à connaître restent couverts par le secret défense ».

²⁵⁶ Il faut rappeler qu'il s'agit des faits antérieurs à la loi du 10 juillet 1991 et donc à la création de la CNCIS.

²⁵⁷ « La légitimité de la protection de ce service (GIC) au titre du secret-défense résulte de la mission même qui est la sienne. Il n'est donc pas du pouvoir de la CNCIS de porter atteinte à cette protection en faisant publiquement état de renseignements qui ne lui ont été fournis que sous le couvert du secret-défense, sauf déclassification de ces renseignements par le Premier ministre ». CNCIS, 2^{ème} rapport d'activité 1993, p.23

soumis à son examen relevaient de la classification secret-défense, soit parce que pour l'un d'entre eux, il constituait indiscutablement un document du GIC, soit, pour les autres, parce que leur contenu pouvait conduire à la connaissance de demandes d'écoutes ou à celle du fonctionnement interne du GIC.²⁵⁸

À l'occasion de cette dernière saisine, la CNCIS a rappelé sa position selon laquelle « le secret défense doit pouvoir être levé si son maintien n'a d'autre justification que de couvrir indûment les agissements dont la révélation est utile pour faire respecter l'application loyale de la loi ». En effet, dans une autre affaire aussi médiatisée que celle des *écoutes de l'Élysée*, l'affaire *Schuller-Maréchal* précitée, la CNCIS s'était félicitée de la décision du Premier ministre, du 18 février 1995, levant le secret-défense et permettant ainsi une amélioration du débat public.²⁵⁹ Pourtant, l'affaire *des écoutes de l'Élysée*, incontestablement une dérive plus sérieuse et systématique, a longtemps demeuré « secrète » en suscitant dans l'opinion publique de nombreuses interrogations. Il a donc fallu attendre l'adoption de la loi du 8 juillet 1998²⁶⁰ créant un nouvel organisme pour qu'une certaine transparence concernant le secret-défense, nécessaire dans une société démocratique, soit instaurée. En effet, la loi du 8 juillet 1998 reprend le « succès » de la formule de la CNCIS pour réformer le régime du secret de la défense nationale et instaure une Commission consultative du secret de la défense nationale (CSDN).²⁶¹

La CSDN comprend cinq membres. Trois sont respectivement des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour de comptes. Ils sont choisis par le Président de la République à partir d'une liste de six membres appartenant à ces juridictions et établie conjointement par le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes. Les deux autres membres sont des parlementaires choisis respectivement par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. Le mandat des membres est de six ans renouvelable.

²⁵⁸ CNCIS, 6^{ème} rapport d'activité 1997, La Documentation française, 1998, p.21

Quant au Premier ministre, il a retenu une acception plus réglementaire du secret-défense en considérant que les documents émanant du GIC étaient secret-défense et devaient faire retour à cet organisme tandis que les autres ne relevaient pas du secret-défense et qu'il n'y avait donc pas à lever le secret en ce qui les concerne.

²⁵⁹ « Le bon usage du secret-défense », CNCIS, 4^{ème} rapport d'activité 1995, p.30

²⁶⁰ Loi no 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale, J.O n° 157 du 9 juillet 1998, p.10 488

²⁶¹ C.GUETTIER, *Une nouvelle autorité administrative indépendante : la Commission consultative du secret de la défense nationale*, Petites Affiches, 22 janvier 1999, n°16, p.5

Lorsqu'une juridiction française se voit opposer le secret de la défense nationale, elle a la possibilité de demander à l'autorité administrative de saisir sans délai la CSDN. L'autorité administrative ne peut s'y refuser. La Commission rend alors un avis sur la déclassification et sur la communication d'information ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du Code pénal. Selon les termes de la loi, la Commission prend en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels. Le sens de l'avis pourra ainsi être favorable, favorable à une déclassification partielle ou défavorable. Dans tous les cas, l'avis est transmis à l'autorité administrative, laquelle a quinze jours pour décider de le suivre ou non. En tout état de cause, la juridiction se voit transmettre la décision de l'autorité administrative assortie de la décision de la Commission. En outre l'avis est nécessairement publié au Journal officiel.²⁶²

Ainsi, on observe que, dans le cadre du mécanisme instauré par la loi, que le juge ne peut que faire vérifier par l'autorité administrative la légitimité du refus de communication des documents, sans pouvoir remettre en cause sa décision. Il ne s'agit donc pas d'un contrôle judiciaire, contrairement à la solution retenue dans d'autres États, tel l'Espagne, où la juridiction administrative peut, par exemple, annuler une décision du conseil des ministres lui refusant la déclassification de certains documents secrets. De même, en Allemagne, le juge administratif peut se prononcer sur le refus opposé par l'administration de lui communiquer des pièces et des renseignements, ainsi que le juge pénal, qui pourra en outre, si la décision de l'administration lui paraît injustifiée, réquisitionner les documents dont la communication lui a été refusée.²⁶³ À défaut de contrôle juridictionnel, et d'un contrôle politique qui aurait pu, sur le modèle italien, être réalisé par le Parlement, la loi du 8 juillet 1998 instaure une procédure originale faisant appel à une autorité administrative indépendante, composée de magistrats et de parlementaires, la formule qui garantit l'indépendance de la Commission et qui ne supprime pas le mécanisme de la responsabilité politique puisque les décisions restent du ressort des autorités gouvernementales.

²⁶² Les dispositions relatives à la CSDN, sont introduites dans le code de la défense aux articles L2312-1 à L2312-8

²⁶³ P.TÜRK, *Six ans d'activité de la Commission consultative du secret de la défense nationale*, précité

Ainsi créée, la Commission consultative du secret de la défense nationale a eu une influence décisive sur l'affaire des *écoutes téléphoniques de l'Élysée*. En effet, le procès de l'affaire s'est finalement ouvert, le 15 novembre 2004, à la suite d'un avis favorable à une déclassification partielle de la Commission, intervenu en 1999. Achievé le 23 février 2005, le procès pourrait cependant être rouvert puisque la CSDN a émis un avis, publié au Journal officiel du 15 mars,²⁶⁴ favorable à la levée du secret-défense sur une partie du rapport de la CNCIS, établi en 1993.²⁶⁵ Par la suite, le Premier ministre a suivi l'avis de la Commission et décidé, le 17 mars 2005, la déclassification les documents figurant dans l'avis de la Commission.²⁶⁶

La formule retenue pour la CNCIS ayant fait ses preuves, celle-ci devait être reprise pour la CSDN. Concernant le secret-défense, cette dernière assure désormais une certaine transparence comparable à celle établie par la CNCIS sur les interceptions de sécurité. Finalement, la CSDN garantit, comme la CNCIS, une protection considérable contre les abus éventuels, ce qui n'aboutit qu'à une meilleure prise en compte des libertés individuelles.

²⁶⁴ Avis n° 2005-04 du 2 mars 2005, J.O. n° 62 du 15 mars 2005, p. 4 468

²⁶⁵ *supra*

²⁶⁶ F.JOHANNES, *Le procès des écoutes devrait reprendre en septembre après la déclassification de documents secret-défense*, Le Monde, 25 mars 2005, p.10 ; P.CEAUX, *Le procès des écoutes de l'Élysée pourrait être rouvert*, Le Monde, 17 mars 2005, p.11

Chapitre 2^{ème} : Les insuffisances du dispositif français

Si la législation de 1991 a marqué un progrès important pour le droit français, celui-ci présente cependant des insuffisances significatives en matière d'écoutes téléphoniques. En effet, le contrôle des interceptions de sécurité, exercé par la CNCIS, ne paraît pas satisfaisant en comparaison de références européennes (section 1). D'autre part, les écoutes sauvages qui ne sont pas prises en compte par le législateur de 1991 constituent une menace préoccupante pour les libertés individuelles et nécessitent donc une sensibilité particulière (section 2).

Section 1 : Le contrôle des interceptions de sécurité et les modèles étrangers

Dans un domaine aussi sensible que les interceptions de sécurité, un contrôle efficace, effectué par un organisme indépendant, impartial et doté de pouvoirs permettant d'accomplir ses missions, s'impose non seulement parce que la Cour EDH en a jugé ainsi dans l'affaire *Klass*, mais surtout parce que dans un État de droit il appartient à tous de respecter les dispositions légales et il est indispensable de prévoir des mécanismes prévenant des dérives éventuelles. À cet égard, l'affaire des « écoutes téléphoniques de l'Élysée » constitue un exemple édifiant. Un contrôle faible sur les interceptions de sécurité nuit à la légitimité de celles-ci. Il apparaît dès lors nécessaire de comparer le contrôle exercé par la CNCIS avec celui pratiqué par ses homologues européens. Il s'agit de deux types de contrôle ; celui effectué sur l'autorisation et l'exécution des interceptions (I) et celui effectué suite à la réclamation des particuliers (II).

I – Le contrôle effectué sur l'autorisation et l'exécution des interceptions

Le rôle principal de l'organisme de contrôle des interceptions de sécurité est sans doute de vérifier la régularité de l'autorisation et de l'exécution des interceptions. L'étendue des pouvoirs de l'organisme résulte de la nature juridique de celui-ci. La CNCIS, étant une

autorité administrative indépendante,²⁶⁷ n'a pas de véritables pouvoirs (B) à la différence des autres types d'organisme existant au niveau européen (A).

A) Les références européennes

En matière de contrôle des interceptions de sécurité, deux pays européens, à savoir la République fédérale de l'Allemagne (§ I) et le Royaume-Uni (§ II), disposent de mécanismes de contrôle originaux.

§ I – La République fédérale de l'Allemagne

En Allemagne, les interceptions de sécurité sont régies par la loi dite G10, adoptée le 13 août 1968, portant la limitation du secret postal, de la correspondance et des télécommunications.²⁶⁸ Dans le cadre de cette loi, le BFV, service fédéral de protection de la Constitution et du renseignement intérieur ; le BND, service de renseignement fédéral chargé du renseignement à l'extérieur ; le LFV, service chargé dans chaque Land de la protection de la Constitution ; le MAD, service de sécurité militaire, sont habilités à demander des interceptions de communication par télécommunication pour les motifs suivants :

- la prévention ou répression des menaces contre l'ordre démocratique et libéral ;
- la protection de l'existence ou de la sécurité de la Fédération et du Land ;
- la défense de la sécurité nationale, défense de l'ordre public, prévention des infractions pénales ;
- prévention des infractions à la sûreté extérieure de l'État.

La loi de 1968 instaure également un double contrôle exercé par deux organes distincts. Il s'agit, d'abord, de la Commission G10 dont les quatre membres titulaires et les quatre membres suppléants sont élus, pour un mandat de quatre ans, par l'instance chargée au Bundestag de contrôler les services secrets. Ainsi élus, les huit membres jouissent de l'indépendance des magistrats, ce qui signifie que nul ne peut leur donner la moindre instruction. En outre, ils sont irrévocables pendant la durée de leur mandat. Le président et

²⁶⁷ Selon l'article 20 §2 de la Constitution française « Il (le gouvernement) dispose de l'administration et de la force armée ».

²⁶⁸ C.GUERRIER, *Les écoutes téléphoniques*, précité, p.76 ; CNCIS, 2^{ème} rapport d'activité 1993, p.91

son suppléant doivent être aptes aux fonctions de magistrat. La Commission peut recueillir toutes les preuves qui lui semblent nécessaire, et bénéficie d'un accès sans entrave à tous les établissements de communication (privés et publics) en Allemagne. Dotée de larges prérogatives, la Commission a, en particulier, le droit d'examiner tous les dossiers et documents des services de renseignement de la Fédération, de pénétrer dans toutes les installations et d'interroger tous leurs personnels. De même, aucun secret ni professionnel ni autre ne lui est opposable. La Commission G10 contrôle sur place, selon sa seule appréciation, tous les services postaux, centraux téléphoniques et toutes autres installations servant aux communications publiques.²⁶⁹

Le rôle de la Commission ne se limite pas au contrôle de l'exécution des interceptions, il s'étend à la procédure de décision d'interception. Si l'un des services de renseignement veut s'immiscer dans le secret des télécommunications, il faut que son président dépose une demande correspondante avec exposé écrit des motifs. Ensuite, c'est le ministre concerné ou son secrétaire d'État, qui peuvent faire droit à la demande du président des services de renseignement. Une fois l'autorisation²⁷⁰ accordée par le ministre, celui-ci doit la soumettre à la Commission G10 qui décide si la demande est recevable et nécessaire. Ce n'est qu'après avoir reçu l'autorisation de la Commission que la mesure envisagée peut être exécutée avec l'aide de l'entreprise de télécommunication compétente.²⁷¹

Finalement, d'après la loi G10, tous les matériaux et éléments d'information obtenus et qui ne sont plus immédiatement nécessaires aux fins de la surveillance doivent être détruits sans délai. Il incombe aussi à la Commission de vérifier si cette destruction, qui doit être

²⁶⁹ CNCIS, 8^{ème} rapport d'activité 1999, La Documentation française 2000, p.55

Ces contrôles ne portent toutefois que sur les interventions des services de renseignement dans le secret des communications. Elle n'est pas compétente pour les écoutes qui peuvent être ordonnées par les tribunaux dans le cadre des procédures pénales.

²⁷⁰ L'autorisation peut être accordée pour une durée de trois mois. En déposant chaque fois une nouvelle demande formelle, ce délai peut toutefois être prolongé par périodes de trois mois avec l'accord de la Commission.

²⁷¹ Toutefois, la loi prévoit que dans les cas particulièrement urgents et pressants, le ministre peut ordonner l'exécution de la mesure avant d'avoir obtenu l'autorisation de la Commission. Mais il doit transmettre sans délai une telle demande urgente à la Commission, et retirer son autorisation d'exécution si la Commission rejette la demande.

effectuée dans les services concernés sous la surveillance d'un fonctionnaire apte aux fonctions de magistrat, est effectuée correctement et intégralement.

Un deuxième organe de contrôle est l'instance parlementaire chargée du contrôle général des services de renseignements (le PKG), qui est également chargée de l'élection des membres de la Commission G10. Le PKG reçoit, deux fois par an, du gouvernement fédéral un rapport général -c'est-à-dire qui ne se réfère pas aux cas particuliers et aux détails des mesures prises- qui porte également sur le domaine de compétence de la Commission G10. Pour sa part, le PKG remet à son tour chaque année un rapport général au Bundestag et contribue ainsi à la transparence des travaux de la Commission.

Ainsi, en ce qui concerne le contrôle des interceptions de sécurité, la législation allemande semble être suffisamment protectrice en matière de libertés individuelles, ce qui est d'ailleurs reconnu par la Cour EDH, dans l'affaire *Klass*.

§ II – Le Royaume-Uni

Dans le droit britannique, la base juridique des écoutes de sécurité²⁷² est la loi de 1985 sur les interceptions de télécommunications et de correspondance (*The Interception of Communication Act*).²⁷³ Cette loi confie au ministre de l'Intérieur²⁷⁴ la responsabilité de délivrer l'autorisation d'interception, pour les motifs suivants

- sauvegarde de l'intérêt de la sécurité nationale ;
- prévention ou découverte d'un crime grave ;
- sauvegarde de la prospérité économique du Royaume-Uni.

La législation britannique institue, comme celle allemande, un double contrôle, mais d'une autre nature. Il s'agit, en premier lieu, du contrôle exercé par le *Commissionner*. Celui-ci est nommé par le Premier ministre et a pour mission de contrôler si le ministre compétent, pour la promulgation des mesures limitatives, exerce ses fonctions en conformité avec la loi relatives aux interceptions. Le *Commissionner* doit être désigné parmi les personnalités étant

²⁷² La loi britannique ne prévoit que les écoutes administratives.

²⁷³ C.GUERRIER, *Les écoutes téléphoniques*, précité, p.71 et p.82 ; CNCIS, 3^{ème} rapport d'activité 1994, p.79

²⁷⁴ Si une urgence intervient, un haut fonctionnaire peut ordonner l'interception, à condition que la situation soit régularisée dans les 48 heures.

chargées ou ayant été chargées de hautes fonctions judiciaires. Il contrôle le système en vérifiant sur place, auprès des services concernés. Tous les agents participant à l'exécution de l'interception facilitent l'action du *Commissionner*, en lui communiquant les documents ou informations dont il a besoin. S'il découvre, pendant ses enquêtes, des manquements à la loi, il rédige un rapport et le fait parvenir au Premier ministre. Le *Commissionner* établit par ailleurs un rapport général annuel sur les conclusions qu'il a tirées de la confrontation entre la loi et son application. Ainsi établi, le rapport est communiqué à la Chambre des communes et à la Chambre des Lords. Le Premier ministre peut empêcher la publication de passages du rapport destiné au Parlement, s'il estime que les paragraphes incriminés sont susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale, à la prévention de la criminalité et à la sauvegarde du potentiel économique du pays.

Un deuxième organe de contrôle institué par la loi de 1985 est le tribunal (*Interception of Communication Tribunal*) chargé de contrôler la régularité des interceptions de sécurité. Les membres du tribunal ont tous une compétence juridique et une pratique juridique d'au moins dix ans. Ils sont désignés officiellement par la Reine, c'est-à-dire, dans les faits, par le Premier ministre. Le tribunal est saisi par les personnes qui pensent être l'objet de mesures d'interceptions. Cette réclamation est suivie d'une enquête pendant laquelle le tribunal se fait assister par le *Commissionner* qui possède tous les éléments susceptibles d'éclairer le tribunal. Si le tribunal considère qu'une mesure d'interception avérée constitue une violation de la loi, il peut, par ordonnance, ordonner l'annulation de l'autorisation ministérielle et la destruction des procès-verbaux et des bandes contenant les informations illégalement interceptées. La loi britannique, lui reconnaissant la possibilité d'annuler la décision ministérielle, fait ainsi du tribunal un véritable gardien des libertés individuelles.

B) Les pouvoirs limités de la CNCIS

À la lumière des exemples allemand et britannique, la législation française paraît sans doute bien en retrait, en matière de contrôle des interceptions de sécurité. En effet, la CNCIS ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction (contrairement à la Commission G10) à l'égard du Premier ministre, ni du pouvoir d'annuler directement les mesures d'interceptions qu'elle estime illégales (contrairement au tribunal britannique). Elle n'est dotée que d'un pouvoir de

recommandation,²⁷⁵ n'ayant évidemment pas de force juridique contraignante, ce qui lui ôte une grande part de son intérêt.

Or, le choix entre une conception autoritaire et une conception de conseil avait donné lieu aux débats délicats au cours des travaux préparatoires de la loi du 10 juillet 1991. À cet égard, la proposition de la loi, présentée par M.Toubon, accordait à la « Haute autorité chargée de la vie privée » un pouvoir d'injonction, celui d'ordonner elle-même la cessation immédiate d'une interception illicite. Cependant, le législateur a estimé qu'un pouvoir de recommandation serait suffisant car il serait difficile au gouvernement d'ignorer les remarques de la Commission d'autant plus que celle-ci publie un rapport annuel.

En effet, dans la pratique, le Premier ministre prend en compte, dans la majorité des cas, les avis négatifs de la CNCIS, concernant les décisions d'interceptions. Si le désaccord a, au début, persisté pour quelques cas (2 cas sur 11 avis négatifs en 1992 ; 4 cas sur 20 avis négatifs en 1993 ; 5 cas sur 13 avis négatifs en 1995 ; 6 cas sur 26 avis négatifs en 1996), tous les avis négatifs de la CNCIS sont, par la suite, suivis par le Premier ministre à partir de 2000 (114 avis négatifs en 2000 ; 110 en 2001 ; 104 en 2002 ; 87 en 2003).²⁷⁶

Le bilan semble ainsi être positif. Bien que la CNCIS ne dispose pas de pouvoirs comparables à ceux que possèdent d'autres organismes de contrôle au niveau européen, elle est devenue, en quelque sorte, une autorité « morale » dont les recommandations sont respectées par les plus hautes autorités.²⁷⁷

²⁷⁵ « Il ne nous paraît pas normal qu'en une matière aussi sensible que celle des interceptions de correspondance, la Commission créée par la loi n'ait d'autre rôle que celui de formuler des remarques ». J.PRADEL, *Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications*, précité

²⁷⁶ On observe également que les avis négatifs de la Commission sont de plus en plus nombreux.

²⁷⁷ À cet égard, il faut rappeler les recommandations de la Commission, concernant la procédure d'extrême urgence et concernant les contingents, qui sont suivis par le Premier ministre.

II – Les vérifications sur la réclamation des particuliers et la notification des personnes intéressées

Les pays qui disposent d'un organisme de contrôle des interceptions de sécurité, disposent également d'un mécanisme visant à satisfaire aux soucis des personnes qui supposent être mises sur écoute. Les vérifications effectuées sur les requêtes des particuliers se différencient selon la culture juridique des pays. La législation française, en la matière,(B) ne paraît pas aussi satisfaisante que celles de certains pays européens (A).

A) Les références européennes

La Cour EDH a eu l'occasion de se prononcer sur la question de notification des personnes concernées par les écoutes téléphoniques (§ I). Les deux pays, la République fédérale de l'Allemagne (§ II) et le Royaume-Uni (§ III), que nous avons évoqués ci-dessus, adoptent des solutions différentes en la matière.

§ I – La position de la Cour européenne des droits de l'homme

Dans l'arrêt *Klass*, la Cour européenne a insisté sur la nécessité d'imposer une surveillance secrète pour protéger la société démocratique dans son ensemble. Une telle protection peut exiger, selon la Cour, que la personne écoutée ne soit pas informée des mesures de surveillance auxquelles elle a été soumise, même quand les mesures sont levées. En effet, la Cour estime que les dangers que les mesures de surveillance cherchent à combattre, subsistent parfois pendant des années après la levée des mesures et qu'une notification ultérieure aux individus, touchés par une mesure levée, compromettrait dans certains cas le but qui induirait la surveillance.

Cette position de la Cour EDH a été confirmée par une décision de la Commission, en 1985.²⁷⁸ En l'espèce, la requête a été jugée irrecevable parce que les plaignants se fondaient sur l'absence de notification ultérieure. À cette occasion la Commission a rappelé la position arrêtée par la Cour dans l'arrêt *Klass*.²⁷⁹

§ II – La République fédérale de l'Allemagne

La législation allemande prévoit, par principe, une procédure de notification des personnes mises sur écoute, une fois que la surveillance téléphonique s'est achevée. Cette notification incombe au ministre qui a ordonné les écoutes. L'autorité compétente peut toutefois s'affranchir de cette obligation d'information dans les cas particuliers où cette information mettrait en péril l'objectif de surveillance. Le ministre auquel incombe l'obligation d'information doit dans chaque cas particulier signaler à la Commission G10 s'il a informé la personne surveillée ou s'il compte ne pas l'informer. S'il souhaite ne pas informer la personne, le ministre a besoin pour cela d'une approbation formelle de la Commission G10.²⁸⁰ Si la Commission n'accorde pas son approbation au refus d'informer, le ministre doit en tout état de cause entreprendre d'informer la personne surveillée.

Après l'information de la personne surveillée, celle-ci peut déposer un recours contre la procédure d'écoute devant les tribunaux administratifs. Avant l'information, aucune voie de recours juridique n'est ouverte. En dehors d'une saisine des tribunaux administratifs sur le fond, pour savoir si l'écoute était légale, la personne surveillée peut également saisir les tribunaux civils, pour faire valoir le dommage matériel causé par la procédure d'écoute.²⁸¹

Quant à la vérification effectuée sur la requête particulière, c'est toujours la Commission G10 qui est compétente pour entendre et juger les plaintes. Chacun peut, en

²⁷⁸ Décision *NS et PC c. Suisse*, CEDH, 14 octobre 1985

²⁷⁹ « La Cour a déclaré qu'il ne saurait être incompatible avec l'article 8§2 de la Convention de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance ». Arrêt *Klass*, précité, § 58

²⁸⁰ Une fois que la menace disparue, l'intéressé doit être informé sans délai. Néanmoins, il n'y aura pas d'information, si la menace n'a pas disparu après cinq ans.

²⁸¹ « Malgré les informations, un nombre étonnamment faible de personnes écoutées ont utilisé depuis 1968 leur droit de recours. Par ailleurs, tous les recours exercés ont échoué, à une exception près ». *CNCIS, 8^{ème} rapport d'activité 1999*, p.58

effet, s'adresser à la Commission s'il a le sentiment d'être entravé dans l'exercice de son droit fondamental à la liberté de communication et au respect de la vie privée. Ainsi saisie, la Commission examine les plaintes et transmet ensuite au plaignant une notification. Si l'enquête de la Commission n'a pas montré que le plaignant a fait l'objet d'une écoute illégale, il lui est notifié que les droits que lui confère la Constitution n'ont pas été enfreints. Cette notification couvre aussi bien le cas où le plaignant n'a pas été surveillé que le cas où il était soumis à une mesure de surveillance licite.

Ainsi, on observe que la loi allemande, après avoir reconnu, par principe, aux personnes intéressées un droit de l'information concernant la surveillance secrète à laquelle elles sont soumises, impose cependant de véritables limites à ce droit pour faire échouer les tentatives visant à repérer, grâce au dépôt d'une « plainte test », les mesures de surveillance éventuellement en place, ce qui leur enlèverait leur efficacité.

§ III – Le Royaume-Uni

En cas de découverte d'une procédure illégale suite à la saisine par une requête de particuliers, le tribunal chargé de contrôler des interceptions de sécurité, peut, comme nous l'avons évoqué, promulguer une ordonnance qui sert de base à la déclaration de nullité de la décision d'écoute illégale et l'ordre de détruire les documents, non seulement les originaux mais aussi les copies. Dans un tel cas, le tribunal informe sans délai le requérant des conclusions de son enquête. Le tribunal britannique peut enfin condamner l'exécutif à verser au requérant des dommages et intérêts en réparation du préjudice.

En revanche, si le tribunal s'aperçoit qu'il n'y a pas eu d'interception ou s'il est persuadé de la légalité de l'interception existante, il précise au particulier que ses droits n'ont pas été lésés. Le particulier n'est pas informé *a posteriori* des mesures de surveillance dont il est l'objet.

B) La position de la loi du 10 juillet 1991 et le rôle palliatif de la CNCIS

Toute personne ayant intérêt direct ou personnel peut demander à la Commission de procéder au contrôle d'une interception de sécurité afin de vérifier si elle est effectuée

conformément aux dispositions législatives.²⁸² Selon la loi de 1991, quel que soit le résultat de l'enquête de la Commission, le requérant doit toujours être informé de la même notification qui précise que les vérifications nécessaires ont été effectuées. Il est, dès lors, compréhensible que « la plupart des requérants demeurent insatisfaits, car une telle notification ne leur permet pas de savoir s'ils font réellement l'objet d'une mesure d'interception, ce qui est évidemment le but de leur demande ». ²⁸³ Ceci étant, dans un souci d'explication, la Commission fait savoir, dans la notification, que si elle constate une infraction aux dispositions de la loi, elle saisit le procureur de la République. Elle joint, par ailleurs, à la notification écrite l'extrait de son rapport de 1993 concernant les vérifications sur réclamations de particuliers, afin de faire comprendre au demandeur que l'organisme ne peut pas l'informer.

Telle était l'application de la loi par la CNCIS jusqu'en 1995. En effet, en 1995, l'insatisfaction d'un requérant à la suite de la notification de la CNCIS l'a conduit à saisir la Commission, de nouveau, mais cette fois-ci sur la base de la loi du 17 juillet 1978 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs, d'une demande de communication des documents administratifs relatifs au placement sur écoutes qui aurait été effectué sur ses lignes téléphoniques.²⁸⁴ La Commission, tout en lui indiquant que les atteintes au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications relevaient de la loi du 10 juillet 1991 et non de la loi du 17 juillet 1978, lui a notifié qu'elle avait procédé aux vérifications nécessaires. À la réception de cette notification, jugée par lui non satisfaisante, le requérant a saisi pour l'avis la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Après la délibération, la CADA a reconnu le bien fondé de la position de la CNCIS et en a avisé le requérant dans les termes suivants : « La Commission a constaté que les articles 13 et 17 de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications établissent un régime particulier d'information de l'auteur d'une réclamation, dérogeant aux dispositions générales de la loi du 17 juillet 1978 ». ²⁸⁵

C'est suite à cette affaire que la CNCIS a procédé à la modification du libellé de la notification, dans la limite des possibilités légales. Désormais, il est précisé, dans la notification, si les vérifications ont ou non fait apparaître une interception qui serait contraire

²⁸² Article 15 de la loi du 10 juillet 1991

²⁸³ CNCIS, 2^{ème} rapport d'activité 1993, p.18

²⁸⁴ CNCIS, 4^{ème} rapport d'activité 1995, p.20

²⁸⁵ *ibid.* p.21

aux dispositions légales. Cette nouvelle précision n'est pas sans intérêt. En effet, elle a des conséquences juridiques ; au cas où une interception illégale aurait été constatée par la CNCIS, le requérant pourrait déposer une plainte. L'ouverture d'une instruction ne dépend donc plus du seul procureur. Le pouvoir d'ester en justice, de déclencher une procédure, est restitué au citoyen qui était privé de cette faculté en raison de la non-information résultant d'une application textuelle de l'article 17 de la loi. Grâce à cette souplesse d'interprétation, le citoyen recouvre la maîtrise de ses droits contre lesquels une atteinte aurait eu lieu. Cependant, malgré ce changement important, le nombre des réclamations de particuliers n'a pas connu une augmentation notable.²⁸⁶

Il convient finalement de souligner une décision rendue pour la première fois par le Conseil d'État²⁸⁷ sur les conditions de la saisine de la CNCIS. En l'espèce, une personne, soupçonnant l'existence d'écoutes téléphoniques opérées sur les lignes téléphoniques de ses relations, qui selon elle auraient été établies pour les besoins d'une opération de police, a saisi de ces faits le président de la CNCIS, en se refusant toutefois à fournir à la Commission les numéros de lignes téléphoniques ayant selon elle fait l'objet de ces écoutes. Ainsi saisie, la Commission lui a répondu qu'elle n'avait pas le pouvoir d'enquêter sur les moyens par lesquels les services de sécurité avaient pu obtenir un renseignement, sa mission se limitant à contrôler si une interception était effectuée conformément à la loi. La réponse du Conseil d'État a été la suivante : « En refusant de donner suite à cette saisine, qui tendait à ce que la Commission effectue une enquête auprès des services de police aux fins de rechercher l'origine des informations qui avaient déclenché leur action, et non à ce qu'elle effectue sur des lignes téléphoniques identifiées les contrôles que la loi lui a donné pour mission d'opérer, le président de la Commission ne méconnaît pas la portée de la loi ».

L'arrêt du Conseil d'État précise ainsi l'étendue des pouvoirs de la Commission exercés sur le fondement de l'article 15 de la loi du 10 juillet 1991.

Concernant les vérifications sur les requêtes de particuliers et notamment la notification des personnes intéressées, les dispositions de la loi de 1991 n'apparaissent pas satisfaisantes. Si les efforts de la CNCIS ont abouti à des réelles améliorations, notamment en cas de violation de la loi la possibilité d'agir en justice pour les requérants, l'absence d'une notification ultérieure des personnes mises sur écoute, même dans les cas où il n'y a plus de

²⁸⁶ 12 requêtes en 1992 ; 42 requêtes en 1993 ; 57 requêtes en 1997 ; 45 requêtes en 2000 ; 76 requêtes en 2001 ; 32 requêtes en 2003.

²⁸⁷ CE, 28 juillet 2000, Dalloz, 2000, I.R., p.252 ; CNCIS, 9^{ème} rapport d'activité 2000, p.33

menace aux intérêts fondamentaux de l'État, demeure cependant une insuffisance importante suscitant une certaine méfiance dans l'opinion publique.

Section 2 : Les écoutes sauvages : un souci permanent pour les libertés individuelles

En matière de libertés individuelles, l'État ne peut se contenter de ne pas ingérer dans les droits des individus, il pèse également sur l'État des obligations positives. Inspirée de la théorie allemande de la *Drittwirkung* (effets vis-à-vis des tiers), selon laquelle les droits fondamentaux définis dans les textes constitutionnels doivent être respectés aussi bien par les pouvoirs publics que par les particuliers vis-à-vis d'autres particuliers, cette conception exigeante du respect des droits de l'homme a été très tôt admise par la Cour EDH.²⁸⁸ Il en est ainsi, en premier lieu, au droit au respect de la vie privée, prévu à l'article 8 de la Convention. En effet, la Cour affirme, dans sa décision *X et Y*²⁸⁹ que les obligations positives inhérentes à l'article 8 « peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux ». Il résulte de cette précision de la Cour que la violation de l'article 8 peut résulter non seulement d'une ingérence de l'État mais aussi d'une abstention de l'État permettant aux tiers de s'immiscer dans le droit garanti. Ceci étant, la législation française, ayant réglementé le domaine des écoutes téléphoniques légales, doit également prendre des mesures nécessaires pour que la vie privée de chacun soit protégée contre les atteintes des particuliers, ce qui nous amène à étudier les écoutes dites « sauvages » qui constituent une menace persistante au droit au respect de la vie privée. Il convient donc, tout d'abord, de préciser la notion d'écoutes sauvages (I), ensuite d'examiner l'efficacité des moyens prévus par le droit français pour lutter contre des dites écoutes (II).

I – La précision de la notion d'écoutes sauvages

Les écoutes sauvages, dites également « les écoutes clandestines » ou « les écoutes privées illicites », nécessitent des précisions. En effet, toutes les écoutes téléphoniques, réalisées par des personnes autres que celles définies par la loi de 1991, ne sont pas forcément illicites (A). En revanche, celles, réalisées en dehors de ces cas particuliers et en dehors de la loi, sont qualifiées de « sauvages » et constituent une infraction au sens du code pénal (B).

²⁸⁸ F.SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, précité, p.33

²⁸⁹ Arrêt *X et Y* c. Pays-Bas, CEDH, 26 mars 1985, V.BERGER, *Jurisprudence de la Cour EDH*, précité, p.421

A) Les écoutes privées licites sous certaines conditions

Il s'agit notamment des écoutes téléphoniques réalisées sur les lieux de travail. En effet, depuis quelques décennies l'oral s'est de plus en plus substitué à l'écrit dans les relations entre clients et fournisseurs ou prestataires de services, ce qui a conduit à développer la pratique de l'enregistrement des conversations téléphoniques. Les entreprises justifient cette pratique de plusieurs façons :

Le principal motif justifiant les écoutes téléphoniques est le besoin de preuves dans certains secteurs. C'est le cas du secteur bancaire, notamment pour les opérations de bourse dont les ordres sont passés par téléphone. À cet égard, l'ancien président de la Commission des opérations de bourse (COB) indiquait qu'« il fallait prévenir les contestations susceptibles de naître au sujet de la prise en compte ou de l'exécution de ces ordres et s'assurer du respect de la déontologie par les salariés ».²⁹⁰ On trouve les mêmes motivations dans la vente par correspondance, et plus généralement, dans toutes les entreprises où les rapports avec la clientèle s'établissent par voie de télécommunications.

La pratique de l'enregistrement des conversations téléphoniques est également justifiée par le motif qu'une telle pratique contribue à améliorer le rapport avec la clientèle, concernant notamment la vérification de la qualité de l'accueil et du dialogue, ou que l'enregistrement permet d'assurer que la demande soit prise en compte et traitée, concernant notamment les services de secours d'urgence ou de dépannage. Dans ce dernier cas, l'idée est de se prémunir contre des actions en responsabilité ultérieures en conservant la trace de l'appel et de la réponse.

Dans ces domaines, si le client ou l'utilisateur accepte sans difficulté que sa commande écrite puisse passer entre plusieurs mains, il ne doit pas non plus prendre ombrage de ce que sa commande téléphonique soit enregistrée. Pour autant, il ne souhaite pas forcément que les renseignements recueillis à cette occasion servent à d'autres fins. Dans ce cas, c'est le rôle de la CNIL de veiller à la régularité de ces pratiques qui impliquent généralement la mise en œuvre de fichiers informatisés d'informations nominatives.

Les écoutes et éventuellement l'enregistrement des conversations tenues sur des postes à usage professionnel peuvent viser également les salariés. Là encore plusieurs motifs peuvent

²⁹⁰ CNCIS, 5^{ème} rapport d'activité 1996, p.30

être mis en avant, tels que ; le besoin d'encadrement et de formation des salariés en contact téléphonique avec le public, mais également la volonté de limiter les usages abusifs du téléphone à des fins personnelles et d'assurer d'une manière générale que les salariés soient effectivement au travail. Ainsi justifiées, les écoutes téléphoniques des salariés doivent cependant obéir à certaines règles. À cet égard, la loi du 31 décembre 1992²⁹¹ a renforcé les garanties en ce qui concerne l'utilisation de techniques permettant un contrôle de leur activité. En effet, selon les articles L 120-2²⁹² et L 432-2-1§3²⁹³ du Code du travail, les restrictions apportées aux libertés individuelles ou collectives doivent être justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Par ailleurs, le comité d'entreprise doit être consulté. Ces dispositions s'appliquent notamment à l'interception et à l'enregistrement des communications téléphoniques.

D'autre part, même si les conditions prévues par le Code du travail sont remplies, il convient que l'écoute téléphonique ne se fasse pas à l'insu des salariés.²⁹⁴ L'objectif recherché doit être clairement défini et annoncé, et ne pas excéder ce qui correspond à l'intérêt de l'entreprise. Tout abus est, dès lors, susceptible de constituer une atteinte au secret des correspondances et à la vie privée.

Dans ce sens, l'arrêt *Halford*²⁹⁵ de la Cour EDH en est une illustration pertinente. Dans cette affaire, la requérante reproche à son employeur d'avoir écouté ses conversations privées et, d'une façon plus générale, aux représentants de la loi de ne pas avoir puni ces agissements. Le gouvernement du Royaume-Uni fait valoir que l'on ne peut pas reconnaître à ces appels téléphoniques un caractère privé, car un employeur doit pouvoir surveiller ses salariés sans prévenir au préalable les intéressés que des appels passant sur les téléphones mis à disposition sont susceptibles d'être écoutés. Dans son arrêt du 27 juin 1997, la Cour EDH ne déclare pas que les appels donnés à partir d'un bureau ont un caractère privé, mais elle souligne que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, tout comme ceux qui

²⁹¹ Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, J.O. n° 1 du 1 janvier 1993, p.19

²⁹² « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

²⁹³ « Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en oeuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ».

²⁹⁴ Ce qui constitue d'ailleurs un crime selon le code pénal. *infra*

²⁹⁵ Arrêt *Halford*, précité

émanent d'un domicile, peuvent être compris dans les notions de « vie privée » et de « correspondance ». En l'espèce, il n'a pas été prouvé que la requérante avait été prévenue que ses appels seraient peut-être interceptés.²⁹⁶ De ce fait, la Cour estime que les écoutes réalisées à l'insu des salariés relèvent de la vie privée et entrent donc dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention.²⁹⁷

Quant à la jurisprudence nationale, elle prend en compte la nature privée ou professionnelle des propos échangés. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle considéré en 1990²⁹⁸ qu'un enregistrement de propos à l'occasion d'un entretien préalable au licenciement ne portait pas atteinte à la vie privée. Par contre, dans le cas d'espèce, il ne s'agissait pas d'une écoute téléphonique mais d'un enregistrement microphonique. De même, l'enregistrement dans les locaux commerciaux de conversations ayant un objet commercial et professionnel a donné lieu à un autre procès devant la Cour de cassation.²⁹⁹ Cet enregistrement entraînait, selon les juges, dans le cadre unique de l'activité professionnelle.

D'autre part, les juges n'accordent aucun crédit à un enregistrement effectué sans le consentement de l'une des parties même si le procédé ne constitue pas une atteinte à la vie privée. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Chambre sociale, rendu en 1991.³⁰⁰ En l'espèce, l'employeur, ayant enregistré les communications des salariés, fait valoir que son comportement est pleinement justifié par son pouvoir de direction et qu'il ne s'immisce pas dans la vie privée mais qu'il exerce un contrôle sur la qualité de la vie professionnelle, sa surveillance lui permettant de déterminer si une faute a été commise. La Chambre sociale rejette cette argumentation en précisant que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels

²⁹⁶ Au contraire, Mme Halford avait raisonnablement acquis la conviction contraire : en tant que contrôleur général, elle avait à sa disposition un bureau où l'un des téléphones était destiné à des communications personnelles.

²⁹⁷ En l'espèce la Cour conclut l'existence de l'ingérence d'une autorité publique car la requérante travaille dans les locaux de la police britannique et c'est cette dernière qui a intercepté des communications de la requérante.

²⁹⁸ Cass. crim., 16 janvier 1990, *Tissinie*, « attendu que de ces énonciations il résulte que l'objet des entretiens portait sur le licenciement du prévenu par ses employeurs ; que dès lors, les propos tenus par ceux-ci entrant dans le cadre de leur seule activité professionnelle n'étaient pas de nature à porter atteinte à l'intimité de leur vie privée ».

²⁹⁹ Cass. crim., 24 avril 1990

³⁰⁰ Cass. soc., 20 novembre 1991

qu'en soit les motifs, à leur insu, constitue un mode de preuve illicite ». Finalement, si l'enregistrement des conversations téléphoniques, réalisées par l'employeur, constitue une atteinte à la vie privée, les auteurs de l'enregistrement sont punis sur la base du code pénal.³⁰¹

Ainsi, les écoutes téléphoniques réalisées sur les lieux de travail peuvent sous certaines conditions, définies par le code de travail mais également par la jurisprudence européenne et nationale, être licites et n'entrent donc pas dans la catégorie des écoutes que l'on peut qualifier de « sauvages ».

Il convient finalement de rappeler un cas particulier qui ne peut être mentionné dans aucune catégorie ; c'est le cas des détenus. Les condamnés, lorsque des circonstances familiales ou personnelles importantes le nécessitent, et à raison d'une fois par mois lorsqu'ils sont incarcérés dans des centres détention, peuvent téléphoner à leurs proches. Dans ce cas le Code de procédure pénal³⁰² prévoit que les correspondances téléphoniques sont contrôlées tant en ce qui concerne l'identité du correspondant que le contenu de la conversation.

B) Les écoutes privées clandestines ou les écoutes sauvages

La Commission Schmelck avait qualifié d'écoutes sauvages, c'est-à-dire non officielles, les interceptions de communication téléphonique qui n'étaient pas pratiquées par une autorité publique française. Elle énumérait à ce titre les écoutes exécutées par des agents publics en dehors de l'autorité compétente, les écoutes pratiquées à l'instigation d'une puissance étrangère et l'espionnage entrepris à l'initiative de particuliers. Elle précisait également que les écoutes sauvages ne se limitaient pas aux seules écoutes téléphoniques mais incluaient sans doute les écoutes microphoniques.

La loi du 10 juillet 1991 n'évoque pas les écoutes sauvages³⁰³ ; elle se borne à prévoir que le secret des correspondances est garanti par la loi. En effet, sont réprimés par l'article 226-15 du code pénal deux types de comportement :

³⁰¹ CA de Paris, 7 mai 1997 ; TGI de Nice, 19 février 1998

³⁰² Article D 417

³⁰³ En revanche, elles ont été évoquées lors de la discussion générale de la loi de 1991. Finalement, l'idée de François Massot (le rapporteur à l'Assemblée nationale) selon laquelle les écoutes sauvages ne doivent pas être

- le fait d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises par la voie des télécommunications ;
 - le fait de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions.
- Lorsque les mêmes faits sont imputables à des dépositaires ou agents de la force publique ou à l'agent d'un opérateur de télécommunication, ils sont prévus par l'article 432-9 du code pénal et les peines encourues sont aggravées.

L'écoute sauvage peut aussi, dès lors qu'il ne s'agit plus d'écoute téléphonique mais de captation directe, d'enregistrement ou de transmission des paroles prononcées par une personne à titre confidentiel ou privé sans le consentement de cette dernière, constituer l'infraction d'atteinte à la vie privée prévue à l'article 226-1 du code pénal. Le texte du code pénal n'exige pas que la conversation se déroule dans un lieu privé pour que l'infraction soit constituée.

Par ailleurs, ni le fait de capter involontairement ou par hasard la conversation d'autrui, ni le piratage téléphonique, qui consiste à utiliser une ligne aux frais de l'abonné sans le consentement de ce dernier par un branchement illicite, ne constituent des écoutes sauvages. En effet, celles-ci supposent une intervention technique soit pour la captation de paroles ou de conversations, soit pour l'interception de communications téléphoniques à l'insu des personnes concernées. Les écoutes sauvages impliquent la mise en œuvre de moyens matériels spécifiques destinés à réaliser les enregistrements sonores recherchés.

Ainsi définies, les écoutes sauvages constituent aujourd'hui une menace très sérieuse pour les libertés individuelles. S'il est impossible d'estimer le nombre exact des écoutes sauvages, le chiffre mentionné (100 000) par le président de la CNCIS en 1997³⁰⁴ suffit d'apprécier l'ampleur du problème.

évoquées par la loi puisqu'elles constituent une infraction, a été retenue. J.O.A.N., 1^{er} séance du 13 juin 1991, p.3125

³⁰⁴ P. BOUCHET, *Le secret des communications*, colloque du 22 mars 1996: *Droit et démocratie*, La Documentation française, 1997, p.31

À titre de comparaison : en 1996 la CNCIS recense 9 336 interceptions judiciaires et 4 713 interceptions de sécurité.

II – La lutte contre les écoutes sauvages

La lutte contre les écoutes clandestines exige, tout d’abord, la détection et la répression de celles-ci (A). Ces mesures sont en revanche difficiles à appliquer dans la mesure où l’auteur de l’infraction peut interrompre ou terminer son acte sans laisser une trace perceptible. Compte tenu du caractère spécifique des écoutes téléphoniques, il faut en effet, pour une lutte efficace, une réglementation stricte encadrant la fabrication et l’utilisation des matériels permettant opérer des écoutes téléphoniques (B).

A) La détection et la répression des écoutes sauvages

La détection et la surveillance des écoutes sauvages³⁰⁵ sont assurées par l’État en ce qui concernent les sites qui relèvent de lui, notamment dans le domaine de la défense et des industries qui s’y rattachent ; c’est le rôle de la Direction de la protection et de la sécurité de la défense (DPSD). La Direction de la surveillance du territoire (DST) intervient quant, à elle, à la demande des services de l’État et des entreprises du secteur public, notamment pour assurer la sécurisation de nouveaux locaux. Ce service procède également à des vérifications de sa propre initiative sur la voie publique en vue de détecter micros ou branchements à la suite de renseignements ou dans des zones sensibles. La DST peut également intervenir à la demande de France Télécom lorsque cette société détecte une perturbation sur ses réseaux.

La détection à l’intérieure des locaux privés, soit chez des particuliers, soit dans les entreprises, suppose une plainte et relève d’enquêtes menées par les autorités judiciaires.

La société France Télécom a un rôle important et efficace par la surveillance de son réseau. Elle veille à la sécurisation de ses installations et à la discipline de son personnel. La même obligation pèse également sur les autres opérateurs. Enfin il existe des sociétés privées de la détection des micros et des écoutes téléphoniques.

Une fois détectées, les écoutes sauvages sont réprimées. Les enquêtes en la matière relèvent de la compétence exclusive de l’autorité judiciaire et sont confiées sous sa direction à la police ou à la gendarmerie. Les services de contrôles de France Télécom sont également

³⁰⁵ CNCIS, 7^{ème} rapport d’activité 1998, p.57

amenés à coopérer à ces investigations. Il peut être fait appel le cas échéant à des services plus spécialisés ou à des experts.

Pour l'atteinte à la vie privée par captation ou divulgation de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel (article 226-1 du code pénal), les peines encourues sont d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La tentative est également réprimée et les personnes morales peuvent être déclarées responsables. L'action publique ne peut être engagée que sur plainte de la victime.

Quant à l'atteinte au secret des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications (article 226-15 du code pénal), elle est réprimée par les mêmes peines. La tentative n'est pas prévue, en revanche l'alinéa 2 de l'article, qui réprime « l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions », répond pour l'essentiel au même objectif.

Bien qu'indispensable, la répression des écoutes sauvages n'est pas seule suffisante pour assurer une protection adéquate de la vie privée, dans la mesure où elle intervient *a posteriori* et ne suppose que l'identification des auteurs ou complices.

B) Les moyens et les acteurs de la lutte contre les écoutes sauvages

Le moyen le plus efficace pour une lutte conséquente contre les écoutes clandestines est sans doute le contrôle et l'encadrement de la fabrication et de la commercialisation des matériels servant à écouter et enregistrer les conversations téléphoniques. À cet égard, la loi du 10 juillet 1991 a soumis à réglementation la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente des appareils conçus soit pour permettre l'interception de communications soit pour permettre la détection à distance des conversations privées ou confidentielles.³⁰⁶ C'est ainsi que le décret en Conseil d'État, prévu à l'article 24 de la loi de 1991 pour établir la liste des appareils permettant de réaliser des interceptions illégales, n'a été pris qu'en mars 1993.³⁰⁷ Il a été, par la suite, remplacé par le décret du 29³⁰⁸

³⁰⁶ Cette réglementation est reprise dans le code pénal (articles 226-1 à 226-15).

³⁰⁷ Décret n°93-513 du 25 mars 1993

³⁰⁸ Décret n°93-726 du 29 mars 1993

mars renvoyant à un arrêté qui n'est intervenu que le 9 mai 1994.³⁰⁹ Finalement, un arrêté complémentaire, cependant extrêmement bref, fixant le modèle des registres de contrôle des mouvements de ces appareils, est intervenu le 23 février 1995,³¹⁰ soit plus de trois ans et demi après la loi.

Or, la CNCIS, exprimant ses inquiétudes dès ses premiers rapports,³¹¹ a constaté en 1995, que le contrôle de la fabrication, de la détention et de la commercialisation des appareils, permettant les infractions, était d'une extrême insuffisance. Par la suite, la Commission a formulé ses souhaits ainsi : « la CNCIS demande comme premières mesures :

- que soit immédiatement rendue publique la liste des personnes physiques ou morales qui ont été autorisées à fabriquer, détenir ou commercialiser les matériels soumis à la réglementation légale. Une telle autorisation devant d'évidence être réservée à des personnes ou organismes au-dessus de tout soupçon.
- qu'il soit clairement précisé à quelle autorité ou service est confiée la mission de contrôle de ces personnes ou organismes, comportant notamment la vérification des registres retraçant à tout instant la localisation et les mouvements des appareils ».³¹²

Les demandes ainsi formulées par la CNCIS ne sont pas restées sans suite. En effet, en 1996, un magistrat³¹³ de l'ordre judiciaire a été affecté à la Commission pour examiner les conditions d'attribution des autorisations déjà accordées et présenter toutes propositions utiles afin d'assurer le respect de la loi. Les conclusions de ce rapport ont fait apparaître que le dispositif n'était pas satisfaisant.³¹⁴ C'est à la suite de cette dénonciation que le décret du 10 juillet 1997,³¹⁵ instituant la Commission consultative compétente pour donner les avis sur les

³⁰⁹ Arrêté du 9 mai 1994 fixant la liste d'appareils prévue par l'article 226-3 du code pénal, J.O. n° 115 du 19 mai 1994 p.7349

³¹⁰ Arrêté du 23 février 1995 relatif au registre visé par l'article 226-10 du code pénal, J.O. n° 47 du 24 février 1995 p.2943

³¹¹ CNCIS, 1^{er} rapport d'activité 1991-1992, p.156

³¹² CNCIS, 4^{ème} rapport d'activité 1995, p.25

³¹³ M. Jean-Hugues Gay, substitué au tribunal de grande instance de Paris

³¹⁴ En effet, selon le rapport, 4 741 entreprises ont pour activité principale déclarée « enquête et sécurité ». Or, sur ses 4 741 entreprises du secteur, 2 126 n'emploient aucun salarié. 932 entreprises emploient de 1 à 2 salariés.

³¹⁵ Décret no 97-757 du 10 juillet 1997 modifiant la procédure de délivrance des autorisations prévues par l'article 226-3 du code pénal, J.O. n° 162 du 13 juillet 1997 p.10 644

demandes d'acquisition/détention ou commercialisation des matériels, est intervenu. La composition de la Commission est comme la suivante :

- le secrétaire général de la défense nationale ou son représentant, président ;
- un représentant du ministre de la Justice ;
- un représentant du ministre de l'Intérieur ;
- un représentant du ministre de la Défense ;
- un représentant du ministre chargé des Douanes ;
- un représentant du ministre chargé de l'Industrie ;
- un représentant du ministre chargé des Communications électroniques ;
- un représentant de la CNCIS ;
- un représentant du directeur général de l'Agence nationale des fréquences ;
- deux personnalités désignées en raison de leur compétence, par le Premier ministre.

La compétence de la délivrance des autorisations ou du retrait de celles-ci, a été également transférée du ministre chargé des Télécommunications au Premier ministre, par le décret du 10 juillet 1997.

Toutes ces évolutions, dues à la sensibilité de la CNCIS en la matière, semblent être positives. Pourtant, en pratique, le nombre d'autorisations, délivrées sur la consultation de la Commission et par le Premier ministre, nous montre clairement que les écoutes sauvages demeurent toujours un souci constant pour les libertés individuelles. En effet, 581 autorisations en 1998 ; 957 en 1999 ; 1 163 en 2000 ; 1 256 en 2001 ; 1 050 en 2002 et 1 264 en 2003 ont été délivrées.³¹⁶

³¹⁶ CNCIS, 10^{ème} rapport d'activité 2001, p.28 ; 11^{ème} rapport d'activité 2002, p.32 ; 12^{ème} rapport d'activité 2003, p.30

Par contre, 10 refus 2000 ; 7 en 2001 ; 4 en 2002 ; 2 refus en 2003 sont intervenus.

Conclusion

Le juge français M. L.-E. Pettiti avait écrit, à l'appui de son opinion concordante dans l'arrêt *Lambert*, que « l'interception des entretiens téléphoniques est une des tentations les plus graves des autorités étatiques et des plus nocives pour les démocraties ». On pourrait ajouter que l'écoute téléphonique est une des atteintes les plus sérieuses et les plus fréquentes que l'on puisse imaginer au droit au respect de la vie privée. Dès lors, c'est la culture juridique et démocratique des États qui définit le régime des écoutes téléphoniques.

À cet égard, le droit français est marqué par un clivage total entre la situation antérieure et postérieure à la législation de 1991. En effet, dépourvues de base juridique légitime, les écoutes téléphoniques administratives pratiquées avant la loi de 1991 ne peuvent être notamment regardées comme conformes aux exigences d'une société démocratique ni à la Constitution.³¹⁷ La loi du 10 juillet 1991 a finalement instauré la légitimité des écoutes téléphoniques à la fois à l'égard de la Convention EDH et au droit interne. En l'état actuel, la question la plus délicate semble être celle des pouvoirs de la CNCIS. Dans un État de droit, comme la France, tout litige doit pouvoir trouver une issue devant un juge indépendant. De même, il ne faut pas oublier que selon la Constitution française, seul le juge judiciaire est garant des libertés individuelles.³¹⁸ Or, les écoutes de sécurité, dont la décision et le contrôle ne relèvent pas de l'autorité judiciaire, apparaissent toujours comme un privilège reconnu au gouvernement et par conséquent gardent une image obscure dans l'opinion publique. Dès lors, il est permis de dire que le droit français, en matière d'écoutes téléphoniques, n'est plus à apprécier à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme mais à l'épreuve de l'État de droit.

³¹⁷ Les écoutes administratives « sont également pratiquées en violation de notre Constitution. Les communications téléphoniques sont une de forme de la correspondance, qui est elle-même un des modes de “la libre communication des pensées et des opinions”, reconnue par la Déclaration de 1789, dans l'article 11, comme “un des droits les plus précieux de l'homme” ... Les écoutes téléphoniques ne portent pas, sans doute, directement atteinte à la liberté des communications téléphoniques. Mais en portant atteinte à leur secret, elles portent indirectement atteinte à leur liberté ». P.KAYSER, *La Conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives*, Dalloz, 1991, chronique, p.17

³¹⁸ Article 66 de la Constitution

Bibliographie indicative

I- Ouvrages juridiques

- BERGER V., *Jurisprudence de la Cour EDH*, Sirey, 2004, p.460
- CHARVIN R. et SUEUR J.-J., *Droits de l'homme et libertés de la personne*, LITEC, 2002
- Colloque, *Droit et Démocratie*, du 22 mars 1996, La Documentation française, 1997
- FAVOREU L. et PHILIP L., *Les grandes décisions de Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2003
- FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2004
- FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIAN F., PFERSMANN O., PINI J., ROUX A., SCOFFONI G., TREMEAU J., *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 2005
- GEORGEL J., *Les libertés de communication : contrôle d'identité, écoute téléphonique, vidéosurveillance*, Dalloz, 1996
- GUERRIER C., *Les écoutes téléphoniques*, CNRS, 2000
- HEYMAN-DOAT A., et GWENAËLE C., *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, 2005
- KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit ; protection du secret de la vie privée*, Economica, 1995
- KAYSER P., (Écrits de 1981 à 2001), *Jalons d'une recherche émérite*, PUAM, 2003
- LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Collin, 2005
- LECLERCQ C., *Libertés publiques*, LITEC, 2003
- MORANGE J., *Les libertés publiques*, PUF « Que sais-je ? », 1999
- PELTIER V., *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999
- PETTITI L.-E., (sous la direction), *La Convention européenne des droits de l'homme ; commentaire article par article*, Economica, 1999
- PRADEL J., *Manuel de procédure pénal*, CUJAS, 2004
- RIVERO J. et MOUTOUH H., *Libertés publiques*, Tome II, PUF, 2003
- ROUX A., *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Economica, 1983

- SUDRE F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF « Que sais-je ? », 2005
- SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINO J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2004
- TABATONI P. (sous la direction), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Tome 3, 4 et 5, PUF, 2002
- WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Dalloz, 2002

II- Ouvrages non juridiques

- PONTAUT J.-M. et SZPINER F., *L'État hors la loi*, Fayard, 1989
- PONTAUT J.M. et DUPUIS J., *Les oreilles du Président*, Fayard, 1996

III- Rapports

La Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité

- 1^{er} rapport d'activité 1991-1992, La Documentation française, 1993
- 2^{ème} rapport d'activité 1993, La Documentation française, 1994
- 3^{ème} rapport d'activité 1994, La Documentation française, 1995
- 4^{ème} rapport d'activité 1995, La Documentation française, 1996
- 5^{ème} rapport d'activité 1996, La Documentation française, 1997
- 6^{ème} rapport d'activité 1997, La Documentation française, 1998
- 7^{ème} rapport d'activité 1998, La Documentation française, 1999
- 8^{ème} rapport d'activité 1999, La Documentation française, 2000
- 9^{ème} rapport d'activité 2000, La Documentation française, 2001
- 10^{ème} rapport d'activité 2001, La Documentation française, 2002
- 11^{ème} rapport d'activité 2002, La Documentation française, 2003
- 12^{ème} rapport d'activité 2003, La Documentation française, 2004
- 13^{ème} rapport d'activité 2004, La Documentation française, 2005

IV- Thèses et mémoires

- BELLENCONTRE S., *Vie privée et preuve ; à propos des écoutes téléphoniques judiciaires et administratives*, mémoire rédigé sous la direction de M. BUISSON, Paris II, 1999
- JOBELOT C., *L'affaire des écoutes téléphoniques de l'Élysée*, mémoire rédigé sous la direction de M. BEAUD, Paris II, 2000
- LE GRAND D., *Les écoutes téléphoniques ; le droit et la pratique*, mémoire rédigé sous la direction de M. VINCENT, Nantes, 1995
- PAVLIK B., *Les écoutes téléphoniques*, mémoire rédigé sous la direction de M. BOULOC, Paris II, 1989
- RATIE G., *Le droit au respect de la correspondance en France*, mémoire rédigé sous la direction de M. MARGUENAUD, Limoges, 2003
- TSIRLI M., *Le régime juridique des écoutes téléphoniques*, étude de droit comparé ; la France et la Grèce, thèse rédigée sous la direction de M. KOENIG, Strasbourg III, 1994

V- Articles de doctrine

- ALBERNHE R., *Écoutes téléphoniques et pouvoirs du juge d'instruction*, Droit pénal, juillet 1990, p.3
- BADINTER R., *La protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine*, JCP 1971.I.2435
- BOUCHET P., *Les écoutes téléphoniques*, Après-Demain, septembre - octobre 1995, p.9
- COHEN-JONATHAN G., *Progrès techniques et droits de l'homme*, RTDH, 2003, p.723
- DOM J.-P., *La Protection des données nominatives des correspondants*, Petites Affiches, n° 67, 5 juin 1991, p.28
- ERRERA R., *Les origines de la loi française du 10 juillet 1991 sur les écoutes téléphoniques*, RTDH, 2003, p.851
- FAVOREU L., *Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée ; à propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules*, Mélanges KAYSER, 1979, p.414
- FLAUSS J.-F., *Écoutes téléphoniques: le point de vue de Strasbourg*, RFDA, 1991, p.89
- GUERRIER C., *Les écoutes de sécurité entre libertés publiques et intérêt général*, Petites Affiches, n° 90, 28 juillet 1995, p.24
- GUERRIER C., *Les interceptions de télécommunications, l'Union européenne et les nouvelles technologies*, Petites Affiches, n° 115, 9 juin 2000, p.7

- GUETTIER C., *Une nouvelle autorité administrative indépendante : la Commission consultative du secret de la défense nationale*, Petites Affiches, n° 16, 22 janvier 1999, p.5
- KAYSER P., *L'interception des communications téléphoniques par les autorités française*, mélanges J.VINCENT, Dalloz, 1981, p.177
- KAYSER P., *La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques*, JCP 1992.I.3559
- KAYSER P., *Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois*, Mélanges Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1995, p.329
- KAYSER P., *La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives*, Dalloz, 1991, p.17
- KAYSER P., et RENOUX T., *L'autorité judiciaire et la loi ; à propos des écoutes téléphoniques*, RFDC, 1991, p.331
- KOERING-JOULIN R., *De l'art de faire l'économie d'une loi*, Dalloz, 1990, p.187
- LECLERC H., *La protection de la vie privée*, Après-Demain, septembre - octobre 1995, p.5
- MARLOT-DEHAN C., *Les évolutions du secret de la correspondance*, RDP, 2005, p.357
- MARON A. et VERON M., *Commentaire de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie de télécommunications*, Rev. Droit pénal, décembre 1991, p.1 ; janvier 1992, p.1
- MARON A., *Rien n'est perdu fors l'honneur*, Droit pénal, juin 1990, p.1
- PETITI L.-E., *Les écoutes téléphoniques et la protection de la vie privée*, Rev. Sc. Crim., 1998, p.829
- PETITI L.-E., *Les écoutes téléphoniques et le droit français*, AJDA, 1992, p.35
- PRADEL J., *Les écoutes téléphoniques judiciaires : un statut en voie de formation*, RFDA, 1991, p.83
- PRADEL J., *Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications*, Dalloz, 1992, p.49
- PRADEL J., *Écoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 1990, p.15
- RICHARD D., *Secret défense : entre comitologie et État de droit*, Dalloz, 1999, chronique, p.270

- RIGAUX F., *L'élaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine*, Rev. intern. dr. comp., 1980, p.701
- SERUSCLAT F., *Le respect de la vie privée face aux nouvelles techniques d'information et de communication*, Après-Demain, septembre - octobre 1995, p.12
- TÜRK P., *Six ans d'activité de la Commission consultative du secret de la défense nationale*, Petites Affiches, 24 juin 2005, n° 125, p.4
- VIENNE R., *Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges offerts à Georges Levasseur, LITEC, 1992, p.263

VI- Articles de presse

- BOZONNET J-J., *En matière d'écoutes téléphoniques, l'Italie détient un solide record d'Europe!*, Le Monde, 23 février 2005
- CEAUX P., *Le procès des écoutes de l'Élysée pourrait être rouvert*, Le Monde, 17 mars 2005, p.11
- HEUZE R., *Écoutes téléphoniques : la classe politique transalpine en émoi*, Le Figaro, 2 août 2005
- JOHANNES F., *Le procès des écoutes devrait reprendre en septembre après la déclassification de documents secret-défense*, Le Monde, 25 mars 2005, p.10

VII- Notes de jurisprudence, commentaires, observations

a) La Cour européenne des droits de l'homme

- Arrêt *Kruslin et Huvig c. RF*, CEDH, 24 avril 1990, Dalloz, 1990, p.353, note J. PRADEL ; Rev. Sc. Crim., 1990, p.615, chronique L.-E. PETITI ; Gazette du Palais, journal du 1^{er} mai 1990, p.249, note J.ZDROJEWSKI, C.PETTITI, L.PETTITI
- Arrêt *Lambert c. RF*, CEDH, 24 août 1998, JCP 1999.I.105, chronique F.SUDRE ; Dalloz, 1999, p.271, obs. J.-F.RENUCCI
- Arrêt *Craxi c. Italie*, CEDH, 17 juillet 2003, Dalloz, 2004, p.2537, obs. G. MONTOVANI ; JCP 2004.I.107, chronique F.SUDRE
- Arrêt *Matheron c. RF*, CEDH, 29 mars 2005, Dalloz, 2005, jurisprudence, p.1755, note J.PRADEL, *Un contrôle très strict des écoutes téléphoniques par la Cour de Strasbourg* ; JCP

2005.II.10091, note L. Di RAIMONDO, *Droit du justiciable au contrôle efficace de la régularité des écoutes téléphoniques*

b) Les juridictions nationales

- CA de Poitiers, 7 juin 1960, JCP, 1960.II.11599, note P. CHAMBON
- CA de Rennes, 27 novembre 1990, note PRADEL J., Dalloz, 1991, p.318
- Cass. civ., 18 mars 1955, Dalloz, 1955, jurisprudence, p.573, note R. SAVATIER
- Cass. crim., 12 juin 1952, *Imbert*, JCP 1952.II.7241, note J. BROUCHOT
- Cass. crim., 15 janvier 1997, Rev. sc. crim., 1997, p.668 obs. J.-P. DINTILHAC
- Cass. crim., 15 mai 1990, *Bacha Baroudé*, JCP, 1990.II.21541, note W. JEANDIDIER ; Dalloz, 1990, p.353, commentaires, J.PRADEL,
- Cass. crim., 1^{er} octobre 2003, Dalloz, 2004, sommaires commentés, p.671 obs. J. PRADEL
- Cass. crim., 24 novembre 1989, *Baribeau*, Gazette du Palais, 1990.I.92, note J.-P. DOUCET
- Cass. crim., 27 février 1996, Dalloz, 1996, jurisprudence, p.346, note, C. GUERY
- Cass. crim., 9 octobre 1980 *Tournet*, Dalloz, 1981, jurisprudence, p.332, note J. PRADEL ; JCP 1981.II.19578, note DI MARINO
- CC, 12 janvier 1977, Fouille des véhicules, RDP, 1978, p.821, note L.FAVOREU
- CC, 18 janvier 1995, Vidéosurveillance, JCP 1995.II.22525, note F.LAFAY
- CE, 17 décembre 1976, *Férignac*, (également libellé arrêt *Benassi*) JCP 1978.II.18979, note F. HAMON
- Chambre d'accusation de Paris, 8 février 1995, Dalloz, 1995, jurisprudence, p.221, note, J. PRADEL

Liste des arrêts cités

La Cour européenne des droits de l'homme

- Arrêt *A...* c. RF, CEDH, 23 novembre 1993
- Arrêt *Barthold* c. RFA, CEDH, 25 mars 1985
- Arrêt *Craxi* c. Italie, CEDH, 17 juillet 2003
- Arrêt *Engel et autres* c. Pays-Bas, CEDH, 8 juin 1976
- Arrêt *Groppera Radio AG* c. Suisse, CEDH, 28 mars 1990
- Arrêt *Hadjianastassiou* c. Grèce, CEDH, 16 décembre 1992
- Arrêt *Halford* c. Royaume-Uni, CEDH, 27 juin 1997
- Arrêt *Klass et autres* c. RFA, CEDH, 6 septembre 1978
- Arrêt *Lambert* c. RF CEDH, 24 août 1998
- Arrêt *Malone* c. Royaume-Uni, CEDH, 2 août 1984
- Arrêt *Matheron* c. RF, CEDH, 29 mars 2005
- Arrêt *Prado Bugallo* c. Espagne, CEDH, 18 février 2003
- Arrêt *Sunday Times*, c. Royaume-Uni, CEDH, 26 avril 1979
- Arrêt *Valenzuela Contreras* c. Espagne, CEDH, 30 juillet 1998
- Arrêt *Verenignig Weekblad Bluf* c. Pays-Bas, CEDH, 9 février 1995
- Arrêt *X et Y* c. Pays-Bas, CEDH, 26 mars 1985
- Arrêts *Kruslin* et *Huvig* c. RF, CEDH, 24 avril 1990
- Décision *NS et PC* c. Suisse, CEDH, 14 octobre 1985

Les juridictions nationales

- Cass. civ. 18 mars 1955
- Cass. crim. 12 juin 1952, *Imbert*
- Cass. crim. 15 janvier 1997
- Cass. crim. 15 mai 1990, *Bacha Baroudé*
- Cass. crim. 1^{er} octobre 2003
- Cass. crim. 24 novembre 1989, *Baribeau*
- Cass. crim. 27 février 1996
- Cass. crim. 30 septembre 1998
- Cass. crim. 9 octobre 1980, *Tournet*

- Cass. crim., 16 janvier 1990, *Tissinie*
- Cass. crim., 2 octobre 1990, *Levasseur*
- Cass. crim., 24 avril 1990
- Cass. crimm., 16 mars 2005
- Cass. soc., 20 novembre 1991
- CC, Décision n°76-75, DC du 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*
- CC, Décision n°94-352, DC du 18 janvier 1995, *Vidéosurveillance*
- CE, 17 décembre 1976, *Férignac*
- CE, 28 juillet 2000
- Chambre d'accusation de Paris, 8 février 1995
- CA de Paris, 7 mai 1997
- CA de Poitiers, 7 juin 1960
- CA de Rennes, 27 novembre 1990
- Cour de cass. chambres réunies, 31 janvier 1888, *Wilson*
- TGI de Nice, 19 février 1998
- Trib. corr. Seine, 13 février 1957
- Trib. corr. Seine, 30 octobre 1964

Les juridictions étrangères

- *Katz v. EU*, 12 décembre 1967, Cour suprême des Etats-Unis

ANNEXES

I - DÉCISION DU PREMIER MINISTRE DU 28 MARS 1960 CRÉANT LE GROUPEMENT INTERMINISTÉRIEL DE CONTRÔLE (GIC) DÉCISION N° 1E

II – LA LOI n°91 646 DU 10 JUILLET 1991 RELATIVE AU SECRET DES CORRESPONDANCES ÉMISES PAR LA VOIE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

III – LES NOUVELLES DISPOSITIONS DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE RELATIVES AUX INTERCEPTIONS JUDICIAIRES

ANNEXE I

DÉCISION DU PREMIER MINISTRE DU 28 MARS 1960 CRÉANT LE GROUPEMENT INTERMINISTÉRIEL DE CONTRÔLE (GIC) . DÉCISION N° 1E

Dispositions générales

1) Il est créé un "Groupement interministériel de contrôle" chargé d'assurer l'ensemble des écoutes et enregistrements téléphoniques et télégraphiques sur fils ainsi que des renvois sur réseau PTT des écoutes microphoniques, ordonnées par les Autorités gouvernementales.

2) Le Groupement interministériel de contrôle est placé sous l'autorité directe du Premier ministre.

Le chef du Groupement interministériel de contrôle est nommé par le Premier ministre devant lequel il est responsable.

Dans le cas où le Premier ministre délègue l'ensemble de ses pouvoirs, ceux qui découlent de la présente décision sont exercés d'office par le ministre de l'Intérieur.

3) Toute écoute ou enregistrement téléphonique et télégraphique sur fils, tout renvoi sur réseau PTT d'une écoute microphonique doit être autorisé, soit par le Premier ministre, soit par le ministre de l'Intérieur, soit par le ministre des Armées.

En cas d'empêchement ou d'absence, ces ministres peuvent accorder une délégation spéciale "très secret" à un membre de leur cabinet.

4) Toute autorisation d'écoute ou de renvoi sur réseau PTT délivrée dans les conditions définies par le paragraphe 3 ci-dessus doit faire l'objet d'un ordre d'exécution du ministre des Postes et Télécommunications.

Le chef du Groupement interministériel est seul habilité à traiter de ces questions avec le ministre des Postes et Télécommunications.

5) Une Commission présidée par un représentant du Premier ministre et comprenant un représentant du ministre de l'Intérieur et du ministre des Armées est chargée d'examiner régulièrement si la production du Groupement interministériel de contrôle est conforme aux besoins des différents services intéressés.

La Commission a pour mission, notamment, de veiller à ce que la répartition des interceptions entre les différentes parties prenantes soit conforme à leurs missions respectives, de régler en première instance les litiges qui pourraient les opposer à ce sujet, d'étudier et de proposer des protocoles de répartition des interceptions entre ces parties, d'organiser entre elles les échanges de renseignements.

A cet effet, le représentant du Premier ministre tient à jour le fichier général des autorisations d'écoutes et de renvois accordées et y donne accès, à tout moment, aux représentants du ministre de l'Intérieur et du ministre des Armées.

En cas de besoin, la Commission suscite une réunion en Comité interministériel des ministres qu'elle représente.

6) Le Groupement interministériel de contrôle assure la transcription des écoutes et enregistrements téléphoniques, télégraphiques et microphoniques visés au paragraphe 1 ci-dessus.

Chaque ministre est destinataire des renseignements bruts obtenus à partir de l'interception qu'il a autorisée. Le Premier ministre est destinataire de l'ensemble de ces renseignements.

7) Le Groupement interministériel de contrôle dispose, pour assurer sa mission, de personnels mis pour emploi à la disposition du Premier ministre par le SDECE, le ministère de l'Intérieur, le ministère des Armées, le ministère des PTT ainsi que des installations d'écoutes et d'enregistrements existant dans les différents ministères et services pratiquant actuellement des interceptions téléphoniques.

Une circulaire du Premier ministre fixera les modalités de gestion administrative et financière du Groupement interministériel de contrôle.

8) Le régime des écoutes en Algérie et dans les territoires rattachés directement à la Métropole sera fixé par une décision ultérieure.

9) Toutes les dispositions contraires à la présente décision sont annulées.

Dispositions transitoires [devenues sans objet]

Fait à Paris, le 28 mars 1960
Le Premier ministre
Signé: Michel Debré

ANNEXE II

Loi n°91-646 du 10 juillet 1991

Loi relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques.

version consolidée au 10 juillet 2004

Article 1

Le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi.

Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci.

Article 2

a modifié les dispositions suivantes :

CODE DE PROCÉDURE PÉNALE (Partie Législative)

Sous-section II : Des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications

Article 100

En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.

La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours.

Article 100-1

La décision prise en application de l'article 100 doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci.

Article 100-2

Cette décision est prise pour une durée maximum de quatre mois. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée.

Article 100-3

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui peut requérir tout agent qualifié d'un service ou organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des télécommunications ou tout agent qualifié d'un exploitant de réseau ou fournisseur de services de télécommunications autorisé, en vue de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception.

Article 100-4

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui dresse procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement. Ce procès-verbal mentionne la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée.

Les enregistrements sont placés sous scellés fermés.

Article 100-5

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui transcrit la correspondance utile à la manifestation de la vérité. Il en est dressé procès-verbal. Cette transcription est versée au dossier.

Les correspondances en langue étrangère sont transcrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin.

Article 100-6

Les enregistrements sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique.

Il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction.

Article 100-7

Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit informé.

Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité.

TITRE II : Des interceptions de sécurité.

Article 3

Peuvent être autorisées, à titre exceptionnel, dans les conditions prévues par l'article 4, les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques ayant pour objet de rechercher des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées.

Article 4

L'autorisation est accordée par décision écrite et motivée du Premier ministre ou de l'une des deux personnes spécialement déléguées par lui. Elle est donnée sur proposition écrite et motivée du ministre de la défense, du ministre de l'intérieur ou du ministre chargé des douanes, ou de la personne que chacun d'eux aura spécialement déléguée.

Le Premier ministre organise la centralisation de l'exécution des interceptions autorisées.

Article 5

Le nombre maximum des interceptions susceptibles d'être pratiquées simultanément en application de l'article 4 est arrêté par le Premier ministre.

La décision fixant ce contingent et sa répartition entre les ministères mentionnés à l'article 4 est portée sans délai à la connaissance de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

Article 6

L'autorisation mentionnée à l'article 3 est donnée pour une durée maximum de quatre mois. Elle cesse de plein droit de produire effet à l'expiration de ce délai. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée.

Article 7

Dans les correspondances interceptées, seuls les renseignements en relation avec l'un des objectifs énumérés à l'article 3 peuvent faire l'objet d'une transcription.

Cette transcription est effectuée par les personnels habilités.

Article 8

Il est établi, sous l'autorité du Premier ministre, un relevé de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement. Ce relevé mentionne la date et l'heure auxquelles elle a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée.

Article 9

L'enregistrement est détruit sous l'autorité du Premier ministre, à l'expiration d'un délai de dix jours au plus tard à compter de la date à laquelle il a été effectué.

Il est dressé procès-verbal de cette opération.

Article 10

Sans préjudice de l'application du deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, les renseignements recueillis ne peuvent servir à d'autres fins que celles mentionnées à l'article 3.

Article 11

Les opérations matérielles nécessaires à la mise en place des interceptions dans les locaux et installations des services ou organismes placés sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des communications électroniques ou des exploitants de réseaux ou fournisseurs de services de télécommunications ne peuvent être effectuées que sur ordre du ministre chargé des communications électroniques ou sur ordre de la personne spécialement déléguée par lui, par des agents qualifiés de ces services, organismes, exploitants ou fournisseurs dans leurs installations respectives.

Article 11-1

Les personnes physiques ou morales qui fournissent des prestations de cryptologie visant à assurer une fonction de confidentialité sont tenues de remettre aux agents autorisés dans les conditions prévues à l'article 4, sur leur demande, les conventions permettant le déchiffrement des données transformées au moyen des prestations qu'elles ont fournies. Les agents autorisés peuvent demander aux fournisseurs de prestations susmentionnés de mettre eux-mêmes en oeuvre ces conventions, sauf si ceux-ci démontrent qu'ils ne sont pas en mesure de satisfaire à ces réquisitions.

Le fait de ne pas déférer, dans ces conditions, aux demandes des autorités habilitées est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.

Un décret en Conseil d'Etat précise les procédures suivant lesquelles cette obligation est mise en oeuvre ainsi que les conditions dans lesquelles la prise en charge financière de cette mise en oeuvre est assurée par l'Etat.

Article 12

Les transcriptions d'interceptions doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus indispensable à la réalisation des fins mentionnées à l'article 3.

Il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction.

Les opérations mentionnées aux alinéas précédents sont effectuées sous l'autorité du Premier ministre.

Article 13

Il est institué une Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. Cette commission est une autorité administrative indépendante. Elle est chargée de veiller au respect des dispositions du présent titre. Elle est présidée par une personnalité désignée, pour une durée de six ans, par le Président de la République, sur une liste de quatre noms établie conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat et le premier président de la Cour de cassation.

Elle comprend, en outre :

Un député désigné pour la durée de la législature par le président de l'Assemblée nationale ;

Un sénateur désigné après chaque renouvellement partiel du Sénat par le président du Sénat.

La qualité de membre de la commission est incompatible avec celle de membre du Gouvernement.

Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions de membre de la commission qu'en cas d'empêchement constaté par celle-ci.

Le mandat des membres de la commission n'est pas renouvelable.

En cas de partage des voix, la voix du président est prépondérante.

Les agents de la commission sont nommés par le président.

Les membres de la commission désignés en remplacement de ceux dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent. A l'expiration de ce mandat, par dérogation au septième alinéa ci-dessus, ils peuvent être nommés comme

membre de la commission s'ils ont occupé ces fonctions de remplacement pendant moins de deux ans.

Les membres de la commission sont astreints au respect des secrets protégés par les articles 413-10, 226-13 et 226-14 du code pénal pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions.

La commission établit son règlement intérieur.

Article 14

La décision motivée du Premier ministre mentionnée à l'article 4 est communiquée dans un délai de quarante-huit heures au plus tard au président de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

Si celui-ci estime que la légalité de cette décision au regard des dispositions du présent titre n'est pas certaine, il réunit la commission, qui statue dans les sept jours suivant la réception par son président de la communication mentionnée au premier alinéa.

Au cas où la commission estime qu'une interception de sécurité a été autorisée en méconnaissance des dispositions du présent titre, elle adresse au Premier ministre une recommandation tendant à ce que cette interception soit interrompue.

Elle porte également cette recommandation à la connaissance du ministre ayant proposé l'interception et du ministre chargé des communications électroniques.

La commission peut adresser au Premier ministre une recommandation relative au contingent et à sa répartition visés à l'article 5.

Le Premier ministre informe sans délai la commission des suites données à ses recommandations.

Article 15

De sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel, la commission peut procéder au contrôle de toute interception de sécurité en vue de vérifier si elle est effectuée dans le respect des dispositions du présent titre.

Si la commission estime qu'une interception de sécurité est effectuée en violation des dispositions du présent titre, elle adresse au Premier ministre une recommandation tendant à ce que cette interception soit interrompue.

Il est alors procédé ainsi qu'il est indiqué aux quatrième et sixième alinéas de l'article 14.

Article 16

Les ministres, les autorités publiques, les agents publics doivent prendre toutes mesures utiles pour faciliter l'action de la commission.

Article 17

Lorsque la commission a exercé son contrôle à la suite d'une réclamation, il est notifié à l'auteur de la réclamation qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires.

Conformément au deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, la commission donne avis sans délai au procureur de la République de toute infraction aux dispositions de la présente loi dont elle a pu avoir connaissance à l'occasion du contrôle effectué en application de l'article 15.

Article 18

Les crédits nécessaires à la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité pour l'accomplissement de sa mission sont inscrits au budget des services du Premier ministre.

Le président est ordonnateur des dépenses de la commission.

Article 19

La commission remet chaque année au Premier ministre un rapport sur les conditions d'exercice et les résultats de son activité, qui précise notamment le nombre de recommandations qu'elle a adressées au Premier ministre en application de l'article 14 et les suites qui leur ont été données. Ce rapport est rendu public.

Elle adresse, à tout moment, au Premier ministre les observations qu'elle juge utiles.

TITRE III : Dispositions communes.

Article 20

Les mesures prises par les pouvoirs publics pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne ne sont pas soumises aux dispositions des titres Ier et II de la présente loi.

Article 21

Dans le cadre des attributions qui lui sont conférées par le livre II du code des postes et des communications électroniques, le ministre chargé des communications électroniques veille notamment à ce que l'exploitant public, les autres exploitants de réseaux publics de communications électroniques et les autres fournisseurs de services de communications électroniques autorisés prennent les mesures nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente loi.

Article 22

Les juridictions compétentes pour ordonner des interceptions en application du code de procédure pénale ainsi que le Premier ministre ou, en ce qui concerne l'exécution des mesures prévues à l'article 20, le ministre de la défense ou le ministre de l'intérieur, peuvent recueillir, auprès des personnes physiques ou morales exploitant des réseaux de communications électroniques ou fournisseurs de services de communications électroniques les informations ou documents qui leur sont nécessaires, chacun en ce qui le concerne, pour la réalisation et l'exploitation des interceptions autorisées par la loi.

La fourniture des informations ou documents visés à l'alinéa précédent ne constitue pas un détournement de leur finalité au sens de l'article 226-21 du code pénal.

Le fait, en violation du premier alinéa, de refuser de communiquer les informations ou documents, ou de communiquer des renseignements erronés est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal de l'infraction définie au présent alinéa. Les peines encourues par les personnes morales sont l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal.

Article 23

Les exigences essentielles définies au 12° de l'article L. 32 du code des postes et communications électroniques et le secret des correspondances mentionné à l'article L. 32-3 du même code ne sont opposables ni aux juridictions compétentes pour ordonner des interceptions en application de l'article 100 du code de procédure pénale, ni au ministre chargé des communications électroniques dans l'exercice des prérogatives qui leur sont dévolues par la présente loi.

Article 26

Sera punie des peines mentionnées aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal toute personne qui, concourant dans les cas prévus par la loi à l'exécution d'une décision d'interception de sécurité, révélera l'existence de l'interception.

Article 27

La présente loi entrera en vigueur le 1er octobre 1991.

ANNEXE III

CODE DE PROCEDURE PENALE (Partie Législative)

Article 80-4

Pendant le déroulement de l'information pour recherche des causes de la mort ou des causes d'une disparition mentionnée aux articles 74 et 74-1, le juge d'instruction procède conformément aux dispositions du chapitre Ier du titre III du livre Ier. Les interceptions des correspondances émises par la voie des télécommunications sont effectuées sous son autorité et son contrôle dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 100 et aux articles 100-1 à 100-7. Les interceptions ne peuvent excéder une durée de deux mois renouvelable.

Les membres de la famille ou les proches de la personne décédée ou disparue peuvent se constituer partie civile à titre incident. Toutefois, en cas de découverte de la personne disparue, l'adresse de cette dernière et les pièces permettant d'avoir directement ou indirectement connaissance de cette adresse ne peuvent être communiquées à la partie civile qu'avec l'accord de l'intéressé s'il s'agit d'un majeur et qu'avec l'accord du juge d'instruction s'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur protégé.

Article 74-2

Les officiers de police judiciaire, assistés le cas échéant des agents de police judiciaire, peuvent, sur instructions du procureur de la République, procéder aux actes prévus par les articles 56 à 62 aux fins de rechercher et de découvrir une personne en fuite dans les cas suivants :

1° Personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention, la chambre de l'instruction ou son président ou le président de la cour d'assises, alors qu'elle est renvoyée devant une juridiction de jugement ;

2° Personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par une juridiction de jugement ou par le juge de l'application des peines ;

3° Personne condamnée à une peine privative de liberté sans sursis supérieure ou égale à un an, lorsque cette condamnation est exécutoire ou passée en force de chose jugée.

Si les nécessités de l'enquête pour rechercher la personne en fuite l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications selon les modalités prévues par les articles 100, 100-1 et 100-3 à 100-7, pour une durée maximale de deux mois renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée, dans la limite de six mois en matière correctionnelle. Ces opérations sont faites sous l'autorité et le contrôle du juge des libertés et de la détention.

Pour l'application des dispositions des articles 100-3 à 100-5, les attributions confiées au juge d'instruction ou à l'officier de police judiciaire commis par lui sont exercées par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire requis par ce magistrat.

Le juge des libertés et de la détention est informé sans délai des actes accomplis en application de l'alinéa précédent.

Article 706-95

Si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications selon les modalités prévues par les articles 100, deuxième alinéa, 100-1 et 100-3 à 100-7, pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée. Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.

Pour l'application des dispositions des articles 100-3 à 100-5, les attributions confiées au juge d'instruction ou à l'officier de police judiciaire commis par lui sont exercées par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire requis par ce magistrat.

Le juge des libertés et de la détention qui a autorisé l'interception est informé sans délai par le procureur de la République des actes accomplis en application de l'alinéa précédent.

Table des matières

SOMMAIRE	2
LISTE DES ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION	4
TITRE 1^{ER} : LA CONCILIATION ENTRE UN DROIT PROTEGE ET UNE INGERENCE JUSTIFIEE : LES LIBERTES INDIVIDUELLES FACE A L'INTERET GENERAL	10
CHAPITRE 1 ^{ER} : LES ECOUTES TELEPHONQUES A L'EGARD DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT ETRANGER	10
<i>Section 1 : La Convention européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques</i>	11
I- Les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques	11
A – L'article 8 : Le droit au respect de la vie privée	11
§ I - Le rattachement du secret des correspondances à la vie privée :	12
§ II - La reconnaissance de la légitimité de l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la privée	13
B – L'article 13 : le droit a un recours effectif	15
II – Les précisions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	16
A – L'existence d'une base légale appropriée	16
§ I - L'existence d'une base légale	16
§ II - Les qualités de la base légale	17
B- La nécessité de l'ingérence dans une société démocratique	19
§ I – Sur le caractère exceptionnel des écoutes	19
§ II – Sur le déroulement de la procédure des écoutes	20
§ III – Sur les garanties postérieures aux écoutes	20
<i>Section 2: Les écoutés téléphoniques et le droit étranger</i>	21
I – Les références étrangères	22
A) Les États-Unis	22
B) Le Japon	24
II- Les références européennes	26
A) L'Espagne	26
B) L'Italie	28
C) La Turquie	31
CHAPITRE 2 ^{EME} : LE REGIME JURIDIQUE DES ECOUTES TELEPHONQUES EN FRANCE	35
<i>Section 1 : La situation antérieure à la loi du 10 juillet 1991</i>	35
I – La carence législative	35
A) Une base légale fragile, une jurisprudence lacunaire	35
§ I – L'absence de référence légale	36
a) <i>Les écoutes judiciaires</i>	36
b) <i>Les écoutes administratives</i>	37
§ II – Les principes dégagés par la jurisprudence	39
a) <i>En matière d'écoutes judiciaires</i>	39
b) <i>En matière d'écoutes administratives</i>	40
B) Les rapports Marcilhacy et Schmelck	41
§ I - La Commission Marcilhacy - Monory	41
§ II – La Commission Schmelck	42

II – La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l’homme	43
A) Les Arrêts Kruslin et Huvig	44
§ I – Sur l’existence d’une base légale	44
§ II – Sur les qualités de la base légale	45
B) La réaction de la jurisprudence française	47
<i>Section 2 : La loi du 10 juillet 1991 et les interceptions téléphoniques</i>	49
I – Les interceptions judiciaires	49
A – L’adoption des interceptions	50
§ I – Les conditions de fond	50
a) <i>L’auteur de la décision</i>	50
b) <i>Les motifs</i>	51
c) <i>Les personnes susceptibles d’être mises sur écoutes</i>	51
d) <i>La durée</i>	52
§ II – Les conditions de forme	53
B) L’exécution des interceptions	53
§ I – L’opération d’exécution	53
§ II – La destruction	55
II – Les interceptions de sécurité	55
A – Le régime légal des interceptions	56
§ I – L’autorisation des interceptions	56
a) <i>L’auteur de la décision</i>	56
b) <i>La forme de la décision</i>	57
c) <i>Les motifs</i>	57
d) <i>Les personnes susceptibles d’être mise sur écoute</i>	58
e) <i>La durée</i>	59
§ II – L’exécution des interceptions	59
B – Le contrôle des interceptions	60
§ I – La composition de la Commission	61
§ II – Les pouvoirs de la Commission	62
TITRE 2^{EME} : UN COMPROMIS EN VOIE DE PERFECTIONNEMENT : L’EFFICACITE DU DISPOSITIF FRANÇAIS EN MATIERE DE LIBERTES INDIVIDUELLES	64
CHAPITRE 1 ^{ER} : L’EVOLUTION DES INTERCEPTIONS TELEPHONIQUES APRES LA LEGISLATION DE 1991	64
<i>Section 1 : Les interceptions judiciaires</i>	65
I – Le bilan de la législation	65
A) L’omission du caractère exceptionnel des interceptions	65
§ I - L’accroissement du nombre d’écoutes judiciaires	66
§ II – Le nouveau champ d’application des interceptions judiciaires	67
B) L’affirmation du monopole du juge d’instruction en matière de décision	69
C) La question des personnes protégées	71
§ I – Les avocats	71
§ II – Les nouvelles catégories de personnes protégées	72
II – L’application de la loi et les condamnations de la France	73
A) La ligne de tiers et l’affaire Lambert	74
B) Le contrôle des interceptions et l’affaire Matheron	76
<i>Section 2 : Les interceptions de sécurité</i>	78
I – Les travaux de la CNCIS	79
A) Le nombre des interceptions, les renouvellements, la répartition par motifs	79

B) La procédure dite d'« extrême urgence » et l'approche de la CNCIS	81
II – Les interceptions de sécurité et le secret défense	84
A) La reconnaissance du secret-défense par la Cour des droits de l'homme	84
B) Le droit français et le secret-défense	86
CHAPITRE 2 ^{EME} : LES INSUFFISANCES DU DISPOSITIF FRANÇAIS	92
<i>Section 1 : Le contrôle des interceptions de sécurité et les modèles étrangers</i>	92
I – Le contrôle effectué sur l'autorisation et l'exécution des interceptions	92
A) Les références européennes	93
§ I – La République fédérale de l'Allemagne	93
§ II – Le Royaume-Uni	95
B) Les pouvoirs limités de la CNCIS	96
II – Les vérifications sur la réclamation des particuliers et la notification des personnes intéressées	98
A) Les références européennes	98
§ I – La position de la Cour européenne des droits de l'homme	98
§ II – La République fédérale de l'Allemagne	99
§ III – Le Royaume-Uni	100
B) La position de la loi du 10 juillet 1991 et le rôle palliatif de la CNCIS	100
<i>Section 2 : Les écoutes sauvages : un souci permanent pour les libertés individuelles</i>	103
I – La précision de la notion d'écoutes sauvages	103
A) Les écoutes privées licites sous certaines conditions	104
B) Les écoutes privées clandestines ou les écoutes sauvages	107
II – La lutte contre les écoutes sauvages	109
A) La détection et la répression des écoutes sauvages	109
B) Les moyens et les acteurs de la lutte contre les écoutes sauvages	110
CONCLUSION	113
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	114
LISTE DES ARRETS CITES	120
ANNEXES	122
TABLE DES MATIERES	135