

• LES ECOUTES TELEPHONIQUES.

1./ - TEXTES ACTUELS :

- [Partie législative](#)
 - [Livre IV : De quelques procédures particulières.](#)
 - [Titre XXV : De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées.](#)
 - [Chapitre II : Procédure.](#)
 - [Section V : Des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications.](#)

Article 706-95 du Code de Procédure Pénale.

Créé par [Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 1 JORF 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004](#)

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.

Cite:

[CODE DE PROCEDURE PENALE - art. 100 \(V\)](#)

[CODE DE PROCEDURE PENALE - art. 706-73 \(M\)](#)

[Code de procédure pénale 706-73, 100, 100-3 à 100-5](#)

Cité par:

[Décret n°2007-1145 du 30 juillet 2007 - art. 2 \(V\)](#)

[Partie législative](#)

- [LIVRE II : Des crimes et délits contre les personnes.](#)
 - [TITRE II : Des atteintes à la personne humaine.](#)
 - [CHAPITRE VI : Des atteintes à la personnalité.](#)
 - [Section 1 : De l'atteinte à la vie privée.](#)
-

Article 226-1 du Code Pénal

Modifié par [Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 \(V\) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002](#)

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé.

Cité par:

[Loi n°88-227 du 11 mars 1988 - art. 4 \(M\)](#)

[Loi n°88-227 du 11 mars 1988 - art. 4 \(V\)](#)

[Arrêté du 9 mai 1994 - art. Annexe \(Ab\)](#)

[Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 - art. 10 \(M\)](#)

[Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 - art. 10 \(M\)](#)

[Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 - art. 10 \(M\)](#)

[Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 - art. 10 \(V\)](#)

[Arrêté du 29 juillet 2004 - art. ANNEXE I \(V\)](#)

[Arrêté du 29 juillet 2004 - art. ANNEXE II \(V\)](#)

[Code pénal - art. 226-2 \(V\)](#)

[Code pénal - art. 226-3 \(V\)](#)

[Code pénal - art. 226-6 \(V\)](#)

[Code pénal - art. R226-11 \(V\)](#)

-
- [Partie législative](#)
 - [LIVRE II : Des crimes et délits contre les personnes.](#)
 - [TITRE II : Des atteintes à la personne humaine.](#)
 - [CHAPITRE VI : Des atteintes à la personnalité.](#)
 - [Section 5 : Des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques.](#)

Article 226-22 du Code Pénal

Modifié par [Loi n°2004-801 du 6 août 2004 - art. 14 JORF 7 août 2004](#)

Le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende.

La divulgation prévue à l'alinéa précédent est punie de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende lorsqu'elle a été commise par imprudence ou négligence.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, la poursuite ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit.

Cité par:

[Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 - art. 43-9 \(Ab\)](#)

[Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 216 \(M\)](#)

[Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 216 \(V\)](#)

[Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 6 \(M\)](#)

[Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 6 \(M\)](#)

[Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 6 \(M\)](#)

[Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 6 \(V\)](#)

[Code de la consommation - art. L333-4 \(V\)](#)
[Code de la route. - art. L223-7 \(V\)](#)
[Code monétaire et financier - art. L313-6 \(V\)](#)
[Code pénal - art. 226-24 \(M\)](#)

- [Partie législative](#)
 - [Livre 1er : De l'exercice de l'action publique et de l'instruction.](#)
 - [Titre III : Des juridictions d'instruction.](#)
 - [Chapitre 1er : Du juge d'instruction : juridiction d'instruction du premier degré.](#)
 - [Section I : Dispositions générales.](#)

Article 81 – alinéa 1 du Code de Procédure Pénale.

Modifié par [Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 - art. 50 JORF 16 ju in 2000 en vigueur le 1er janvier 2001](#)

Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge.

Article 8 de la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales :

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »
Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est **prévues 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.

2./- TEXTES EXISTANTS A L'EPOQUE DE LA JURISPRUDENCE :

- Article 368 al. 1 du Code pénal,
- Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales,
- Article 81 al. 1 du Code de procédure pénale.

3./- ARRETS :

COUR DE CASSATION – (Ch. Crim.) – 9 octobre 1980.

PROCEDURE PENALE, Instruction préparatoire, Inculpé, Ligne téléphonique, Mise sur écoutes, Officier de police judiciaire, Délégation du juge d'instruction, Droits de la défense, Violation (non).

Le placement sur écoutes de la ligne de téléphone du domicile d'un inculpé détenu – opération étrangère à celles que réglementent les art. 114 et 118 c.pr.pén. – ayant été accompli par délégation de pouvoirs du juge d'instruction et sous le contrôle de ce magistrat, sans qu'aucun artifice ou stratagème ait été mis en œuvre et, en outre, aucun élément ne permettant d'établir que le procédé ainsi employé ait eu pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense, il apparaît qu'aucun principe de droit ni aucune disposition légale n'ont été violées, alors que l'art. 81 c.pr.pén habilite le juge d'instruction à procéder à tous actes d'information jugés par lui utiles à la manifestation de la vérité.

(Tournet.) – ARRET.

LA COUR ; - Statuant sur le pourvoi formé par Tournet Henri, Pierre, contre l'arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Caen en date du 9 juill. 1980 qui l'a renvoyé devant la cour d'assises du département de la Manche sous l'accusation de faux et usages de faux en écritures authentiques et publiques ;

Vu les mémoires produits ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des art. 116, 118, 170, 206, 567 et 591 c. pr.pén., du principe de loyauté qui s'impose au juge d'instruction dans la recherche des preuves, défaut de motifs et manque de base légale, « en ce que bien qu'il ressorte des pièces du dossier de l'instruction, tel qu'il a été soumis à la chambre d'accusation, que le 29 juin 1979 le magistrat instructeur a ordonné que le domicile d'Henri Tournet, inculpé depuis le 12 juin précédent, soit placé sur écoutes téléphoniques et que cet ordre a été exécuté et les conversations enregistrées jointes au dossier, l'arrêt attaqué n'a pas relevé d'office la nullité de ces actes d'instruction et de toute procédure subséquente ; alors que d'une part un tel procédé viole les dispositions des art. 114 à 118 c.pr.pén. tant en privant l'inculpé de l'assistance de son conseil lors des déclarations qu'il peut être amené à faire à des tiers concernant les faits qui lui sont reprochés et qui sont ainsi enregistrées à son insu par le magistrat instructeur qu'en portant atteinte au principe du secret absolu qui protège toute communication de l'inculpé avec son défenseur, lesquelles peuvent dès lors être également enregistrées à l'insu des intéressés ; alors que d'autre part un tel procédé, qui a pour objet d'éluider les dispositions légales et les règles générales de procédure que le magistrat instructeur ne saurait méconnaître sans porter atteinte aux droits de la défense, s'écarte des règles de loyauté que doit observer toute information judiciaire et constitue par là même une atteinte à ce principe général de droit qu'est la loyauté en matière de recherche de preuve, et alors qu'enfin une telle violation tant les dispositions légales que les principes généraux du droit a nécessairement pour effet de porter atteinte aux conditions de fond garantissant un exercice efficace des droits de la défense, telles qu'elles sont prévues aux art. 114 à 118 c.pr.pén. en permettant au juge d'instruction de se forger une conviction personnelle sur les faits et les personnes en cause en dehors des règles loyales de l'instruction préparatoire ;

Attendu que, par commission rogatoire en date du 29 juin 1979 le juge d'instruction a donné pour mission à l'officier de police judiciaire par lui désigné, de procéder éventuellement, entre autres mesures d'investigations, à des écoutes sur la ligne de téléphone du domicile du domicile de Tournet, inculpé depuis le 12 juin 1979 et alors détenu ; qu'en exécution de cette commission rogatoire des écoutes téléphoniques ont été opérées entre les 10 et 13 juillet à l'une des résidences du susnommé, lequel avait été libéré et placé sous contrôle judiciaire ; que l'authenticité des enregistrements effectués et des documents se rapportant à ces écoutes et qui sont versés au dossier n'est pas contestée ; - Attendu que la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que l'opération critiquée, étrangère à celles que réglementent les art. 114 à 118 c.pr.pén. a été accomplie par délégation de pouvoirs du juge d'instruction et sous le contrôle de ce magistrat, 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 ait eu pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense ; qu'ainsi et alors que l'art. 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 ; d'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Par ces motifs, rejette.

Du 9 oct. 1980. – Ch. Crim. – MM Mongin, pr – Jégou, rap. – Clerget, av.gén. – S.C.P. Lyon-Caen, Fabiani et Liard et S.C.P. Calon et Guiguet, av.

COUR DE CASSATION – (Ass. Plén.) – 24 novembre 1989

PROCEDURE PENALE. Enquêtes, Ecoutes téléphoniques, Légalité, Conditions, Convention européenne des droits de l'Homme, art. 8, Conformité, Officiers de police judiciaire, Commission rogatoire, Stupéfiants, Livraison.

- POSTES ET TELECOMMUNICATION. Téléphone, Communications, Ecoutes, Légalité, Conditions, Officiers de police judiciaire, Commission rogatoire.

Selon l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ne peut y avoir ingérence des autorités publiques dans les conversations téléphoniques que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi ;

Les art. 81 et 151 c.pr.pén. ne permettent qu'au juge d'instruction d'ordonner, dans certaines conditions, des écoutes et des enregistrements d'entretiens téléphoniques ;

Cassation, pour violation des textes susvisés et de l'art. 66 de la Constitution, de l'arrêt qui, pour refuser de prononcer la nullité d'un procès-verbal relatant l'écoute et l'enregistrement d'une conversation téléphonique obtenue par des officiers de police judiciaire (qui ont invité une personne à téléphoner à une autre en vue de prendre rendez-vous pour une livraison de drogue, ont enregistré la conversation téléphonique sur radiocassette et, dressant ensuite un procès-verbal de cette opération, ont pu ainsi pénétrer dans le domicile de cette dernière personne, interpellé les occupants et procéder à perquisition), énonce que les services de police n'ont pas employé un procédé technique de captation et de conservation de toutes les conversations téléphoniques échangées à partir du poste d'un abonné, alors que, sans avoir reçu d'un juge commission rogatoire à cette fin, les services de police avaient procédé, à l'insu de l'abonné, à l'écoute et à l'enregistrement de propos tenus par celui-ci sur la ligne téléphonique qui lui était attribuée.

Rép. Pén. , et Mise à jour, v° Preuve, par G. Stéfa ni, n°31

(Proc.gén. Paris et autre C. Baribeau et autre) – ARRET

LA COUR, statuant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant : - Sur les pourvois formés par 1) le Procureur général près la cour d'appel de Paris, 2) M. Hervé Derrien contre un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris en date du 10 juill. 1989 qui, dans l'information suivie contre Christophe Baribeau et Hervé Derrien, du chef d'infraction à la législation sur les stupéfiants, a dit n'y avoir lieu à annulation de pièces. Le Procureur général près la cour d'appel de Paris et M. Hervé Derrien se sont pourvus en cassation contre un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris en date du 16 février 1989. Cet arrêt a été cassé le 13 juin 1989 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Paris autrement composée. Par arrêt du 18 juill. 1989, prononçant dans la même affaire et entre les mêmes parties, procédant en la même qualité, a statué dans le même sens par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation. Deux pourvois ayant été formés contre l'arrêt du 10 juill. 1989, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, par arrêt du 27 sept. 1989, ordonné le renvoi de l'affaire devant l'Assemblée plénière, un moyen unique de cassation. Ce moyen a été formulé dans un mémoire déposé au secrétariat-greffe de la Cour de cassation...

Sur le moyen unique du pourvoi du Procureur général, relevé d'office en ce qui concerne le pourvoi d'Hervé Derrien : - Vu l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et les art. 81 à 151 c.pr.pén. – Et, vu l'art. 66 de la Constitution ; - Attendu que, selon le premier de ces textes, il ne peut y avoir ingérence des autorités publiques dans les conversations téléphoniques que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi ; que le deuxième et le troisième textes ne permettent qu'au juge d'instruction d'ordonner, dans certaines conditions, des écoutes et des enregistrements d'entretiens téléphoniques ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure qu'ayant été avisés de ce que Christian Baribeau se serait livré à un trafic de stupéfiants et aurait eu notamment pour client André Salmeron, les services de police, agissant d'initiative, ont invité Salmeron à téléphoner à Baribeau en vue de prendre rendez-vous pour une livraison de drogue et ont enregistré leur entretien sur radiocassette, puis dressé un procès-verbal de cette opération ; qu'à l'heure convenue pour le rendez-vous, les policiers ont pu ainsi pénétrer, à la suite de Salmeron, dans le domicile de Baribeau, interpellé les occupants et procéder à perquisition ; - Attendu que, pour refuser de prononcer la nullité du procès-verbal relatant l'écoute et l'enregistrement de cette conversation, la cour d'appel énonce que les services de police n'ont pas employé un procédé technique de captation et de conservation de toutes les conversations téléphoniques échangées à partir du poste d'un abonné ; - Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, sans avoir reçu d'un juge commission rogatoire à cette fin, les services de police avaient procédé, à l'insu de Baribeau, à l'écoute et à l'enregistrement de propos tenus par celui-ci sur la ligne téléphonique qui lui était attribuée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, casse et ... renvoie devant la chambre d'accusation de la cour d'appel d'Orléans.

CASS. ASS. PLEN., 24 nov. 1989. – MM. Drai, 1° pr. – Aubouin, Le Gunehec, Cochard, Jouhaud, Defontaine, Senselme, pr. – Grégoire, rap. – Robert, av.gén. – Cassation de Paris, ch.d'accus., 10 juill. 1989.

Note. – [1] V. la chronique signée Jean Pradel : Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme. D. 1990. Chron. 15.

COUR EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME.

24 avril 1990.

PROCEDURE PENALE. Instruction préparatoire, Ecoutes téléphoniques, Convention européenne des droits de l'homme, Conformité (non), Droit français, Garanties (non), Vie privée, Atteinte, Justification, Précisions (non). – TRAITES INTERNATIONAUX. Convention européenne des droits de l'homme, Ecoutes téléphoniques, Droit français, Conformité (non), Garanties (non), Vie privée, Atteinte, Justification, Précisions (non).

Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance et doivent donc se fonder sur une loi d'une précision particulière établissant des règles claires et détaillées ;

Cette pratique méconnaît l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme sauf si, prévue par la loi, elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et, de plus, est nécessaire dans une société démocratique pour les atteindre ;

Si cette pratique a une base légale en droit français au regard des art. 81, 151 et 152 c.pr.pén., conformément à la jurisprudence établie de la Cour de cassation, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans ce domaine, dès lors que, si certaines garanties sont prévues par la loi (décision et contrôle du juge d'instruction, de la chambre d'accusation, des juridictions du fond ou de la Cour de cassation ; exclusion des stratagèmes et des provocations ; respect de la confidentialité des relations avec l'avocat) ou se dégagent de jugements et arrêts de manière fragmentaire, d'autres ne sont que déduites de textes ou principes généraux sans fournir une sécurité juridique suffisante ;

Surtout, le système n'offre pas, pour le moment, des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter, notamment quant aux catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, à la nature des infractions pouvant y donner lieu, aux limites à la durée d'exécution de la mesure, aux conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignants les conversations interceptées, à l'intégrité des communications aux fins de contrôle faites au juge et à la défense, à l'effacement ou la destruction des bandes ;

Il n'existe sur ces points qu'une pratique dépourvue de force contraignante en l'absence de texte et de jurisprudence ;

Il y a donc violation de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme [1].

Rép. Pén. Et Mise à jour, v° Preuve, par G.Stéfani.

(Kruslin) – Arrêt (extraits)

.....

En fait. I. – Les circonstances de l'espèce.

8. Sans profession ni domicile fixe, M. Jean Kruslin se trouve actuellement détenu à Fresnes (Val-de-Marne).

9. Les 8 et 14 juin 1982, un juge d'instruction de Saint-Gaudens (Haute-Garonne), saisi de l'affaire de l'assassinat d'un banquier, M. Jean Baron, dans la nuit du 7 au 8 juin à Montréjeau (« affaire Baron »), délivra deux commissions rogatoires au chef d'escadron commandant la section de recherches de la gendarmerie de Toulouse. Par la seconde, il le chargeait de placer sous écoute le téléphone d'un suspect, M. Dominique Terrieux, qui résidait dans cette ville.

Du 15 au 17 juin, la gendarmerie intercepta ainsi dix-sept communications en tout. Le requérant, hébergé à l'époque par M. Terrieux dont il utilisait parfois l'appareil, avait participé à plusieurs d'entre elles et spécialement, le 17 juin entre 21 et 23 h, à un conversation avec un individu qui l'appelait d'une cabine publique à Perpignan (Pyrénées-Orientales).

Au cours de leur bref entretien, les deux hommes avaient parlé à mots couverts d'une affaire distincte de l'affaire Baron et relative notamment au meurtre, le 29 mai 1982, de M. Henri Père, employé de la bijouterie « La Gerbe d'Or », à Toulouse (« affaire de la Gerbe d'Or »). Les gendarmes le signalèrent le lendemain à des collègues de la police judiciaire. Commis rogatoirement, le 11 juin 1982, par un juge d'instruction de Toulouse pour enquêter sur cette affaire, ceux-ci entendirent aussitôt l'enregistrement de ladite conversation, le firent transcrire en en annexèrent le texte à un procès-verbal dressé le 18 juin à 0h ; la bande originale demeura entre les mains de la gendarmerie, sous scellé.

10. Le 18 à l'aube, la gendarmerie appréhenda M. Kruslin chez M. Terrieux et le mit en garde à vue au titre de l'affaire Baron.

Dans le cadre, cette fois, de l'affaire de « La Gerbe d'Or », il fut interrogé en début d'après-midi par la police judiciaire – qui l'avait déjà interpellé le 15 juin, puis relâché après quatre heures environ – et inculqué le lendemain, semble-t-il, avec M. Terrieux et le nommé Patrick Antoine, d'homicide volontaire, vols qualifiés et tentative de vol qualifié. Le juge d'instruction de Toulouse procéda, le 25 oct. 1982, à une confrontation des trois intéressés, marquée en particulier – après rupture du scellé en leur présence – par l'audition intégrale de la bande magnétique susmentionnée, y compris la conversation de la soirée du 17 juin.

M. Kruslin adopta la même attitude que devant la police le 18 juin : il protesta de son innocence et nia – pour cette communication, mais non pour d'autres – qu'il s'agit de sa propre voix. De son côté, M. Terrieux affirma ne plus la reconnaître, alors qu'il l'avait identifiée à un stade antérieur.

La fermeture du scellé eut lieu, elle aussi, devant les inculpés. Le requérant refusa de signer tant le procès-verbal que la fiche de scellé.

Par la suite, il réclama une expertise. Le magistrat instructeur la lui accorda par une ordonnance du 10 fév. 1983, mais dans leur rapport du 8 juin 1983, les trois experts désignés estimèrent pouvoir conclure, « avec une probabilité de 890 % », que la voix analysée par eux était bien celle de M. Kruslin.

11. Devant la chambre d'accusation de la cour d'appel de Toulouse, saisie après la clôture de l'instruction, le requérant réclama l'annulation de l'enregistrement de la communication litigieuse, par ce que réalisé dans une procédure qui, selon lui, ne le concernait pas : l'affaire Baron. Le 16 avril 1985, la chambre d'accusation écarta l'exception en ces termes : « (...) si ces écoutes téléphoniques ont été ordonnées par le juge d'instruction au tribunal de grande instance de Saint-Gaudens dans une autre procédure, il demeure que ni l'art.11 « - qui consacre le principe du caractère secret de l'instruction - » ni les art. R.155 et R.156 c.pr.pén. n'interdisent aux juges de décider que soient annexés à une procédure pénale les éléments d'une autre procédure dont la production peut être de nature à les éclairer et à contribuer à la manifestation de la vérité, la seule condition exigée étant, ce qui est bien le cas en l'espèce, qu'une telle jonction ait un caractère contradictoire et que les pièces communiquées aient été soumises à la discussion des parties (...) ».

Elles s'inspiraient notamment là, en l'étendant par analogie au domaine des écoutes, d'une jurisprudence constante de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, élaborée à propos d'autres mesures d'instruction [V. par exemple 11 mars 1964 (*Bull. crim. n° 86*) ; 13 janvier 1970 (*Bull. crim. n° 21*) ; 19 décembre 1973 (*Bull. crim. n° 480*) ; 26 mai et 30 nov. 1976 (*Bull. crim. n° 186 et 345*) ; 16 mars et 2 oct. 1981 (*Bull. crim. n° 91 et 256*)].

Par le même arrêt, la chambre d'accusation renvoya M. Kruslin – avec quatre autres individus, dont MM. Terrieux et Antoine – devant la cour d'assises de la Haute-Garonne pour y répondre, quant à lui, des crimes de complicité d'homicide volontaire, de vols qualifiés et de tentative de vol qualifié.

12. Le requérant se pourvut en cassation. Le deuxième de ses cinq moyens s'appuyait sur l'art. 8 de la Convention : il reprochait à la chambre d'accusation de la cour d'appel de Toulouse d'avoir « refusé de prononcer la nullité des écoutes téléphoniques provenant d'une autre procédure ; alors que l'ingérence des autorités publiques dans la vie privée et familiale, le domicile et la correspondance d'une personne ne constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la prévention des infractions pénales que si elle est prévue par une loi qui doit remplir la double condition suivante : être d'une qualité telle qu'elle use de termes 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, et de définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire ; qu'aucune disposition de la loi française – et en particulier l'art. 81 c.pr.pén. – ne répond à ces conditions ».

.....
La Chambre criminelle de la Cour de cassation rendit un arrêt de rejet le 23 juill. 1985 [V. le texte de cet arrêt au *Bull. crim. n° 275*].
.....

13. Il ressort du dossier que l'enregistrement de l'entretien téléphonique du 17 juin 1982 a constitué un élément déterminant dans les poursuites intentées contre l'intéressé. Elles ont débouché, le 28 nov. 1986, sur un arrêt de la cour d'assises de la Haute-Garonne. Acquitté du chef de meurtre, mais condamné à quinze ans de réclusion criminelle pour vol à main armée et tentative de vol à main armée, M. Kruslin a formé un pourvoi que la Cour de cassation a rejeté le 28 oct. 1987 ; il paraît n'avoir cessé de protester de son innocence.

14. Dans l'affaire Baron, d'autre part, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Toulouse a également renvoyé le requérant, le 2 juin 1987, devant la cour d'assises de la Haute-Garonne avec M. Antoine et un certain Charles Croce. Il a dénoncé là aussi la nullité des écoutes opérées du 15 au 17 juin 1982 ; le 4

nov.1987, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a écarté le moyen par des motifs identiques, *mutatis mutandis*, à ceux de son arrêt précité du 23 juill.1985 (paragr. 12 ci-dessus ; *Recueil Dalloz Sirey* 1988. Somm. 195). Le 2 déc.1988, la cour d'assises a infligé au requérant la peine de la réclusion criminelle à perpétuité pour assassinat ; il a introduit un pourvoi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le 6 nov.1989.

Toutefois, les griefs dont il a saisi la Commission concernent uniquement les écoutes utilisées dans l'affaire de « La Gerbe d'Or ».

.....

En droit : 1. Sur la violation alléguée de l'art. 8.

25. Selon M. Kruslin, il y a eu en l'espèce manquement aux exigences de l'art. 8, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

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 ».

Le Gouvernement combat cette thèse, tandis que la Commission y souscrit en substance.

26. Bien qu'opérées sur la ligne de M. Terrieux, les écoutes litigieuses conduisirent la police judiciaire à intercepter et enregistrer plusieurs conversations du requérant ; l'une d'elles déclencha l'ouverture de poursuites contre lui (paragr. 9-10 ci-dessus). Elles constituaient donc une « ingérence de l'autorité publique » dans l'exercice du droit de l'intéressé au respect de sa « correspondance » et de sa « vie privée » (arrêts *Klass* et autres du 8 sept.1978, série A n°28, p.21, § 41 et *Malone* du 2 août 1984, série A n°82, p.30, § 64). Le Gouvernement ne le conteste pas.

Pareille ingérence méconnaît l'art. 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et, de plus, est « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre.

A. – « Prévues par la loi »

27. Les mots « prévues par la loi », au sens de l'art. 8 § 2, veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause : ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit.

1) Existence d'une base légale en droit français.

28. La question de savoir si la première condition se trouve remplie en l'occurrence a prêté à controverse devant la Commission et la Cour.

Le requérant y répond par la négative. L'art. 368 c.pén. interdirait en principe les écoutes (paragr. 18 ci-dessus). Il prévaudrait sur l'art. 81 c.pr.pén., lequel ne les autorise pas en termes exprès et oblige le juge d'instruction à se comporter « conformément à la loi » - donc, entre autres, à l'art. 368 c.pén. - en ordonnant les diligences « utiles à la manifestation de la vérité » [c.pr.pén., art.81, al. 1^{er}]. Les art. 151 et 152 [c.pr.pén.] n'y changeraient rien : les magistrats instructeurs ne sauraient déléguer aux officiers de police judiciaire des pouvoirs dont ils ne jouissent pas eux-mêmes. Le délégué de la Commission marque son accord sur ce dernier point.

D'après le Gouvernement, il n'existe aucune contradiction entre les art. 368 c.pén. et 81 c.pr.pén., du moins si l'on a égard aux travaux préparatoires du premier [*J.O. déb. Ass. Nat. 1970, p. 2074 et 2075*]. Le code de procédure pénale ne dresserait nullement une liste limitative des moyens d'investigation dont dispose le juge d'instruction ; par exemple, il ne mentionnerait pas non plus des actes aussi courants que les prises de photographies ou d'empreintes, les filatures, les surveillances, les réquisitions, les confrontations entre témoins et les reconstitutions [c.pr.pén., art. 427]. Aux précisions apportées à l'art. 81 par les art. 151 et 152 s'ajouteraient celles qui ressortent de la jurisprudence française [...]. Par « loi » au sens de l'art. 8 § 2 de la Convention, il y aurait lieu d'entendre « droit en vigueur dans un système juridique donné », en l'occurrence « l'ensemble constitué par le droit écrit » - les art. 81, 151 et 152 c.pr.pén., pour l'essentiel - et « par la jurisprudence qui l'interprète ».

Quant à lui, le délégué de la Commission estime que dans le cas des « pays continentaux », dont la France, seul « un texte normatif de portée générale » - voté ou non par le Parlement - peut s'analyser en une « loi » aux fins de l'art. 8 § 2 de la Convention. Sans doute la Cour a-t-elle jugé que « dans « prévues par la loi », le mot « loi » englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit » (arrêts *Sunday Times* du 26 avr.1979, série A n°30, p.30, § 47, *Dudgeon* du 22 oct.1981, série A n°45, p.19, §44, et *Chappell* du 30 mars 1989, série A n°

152, p.22, § 52), mais elle n'aurait songé là qu'au système de la *common law*. Or, il présenterait des « différences fondamentales » avec, notamment, le système français ». Dans celui-ci, la jurisprudence représenterait « une source de droit » certes « très importante », mais « secondaire », tandis que par « loi » la Convention désignerait « une source primaire ».

29. La Cour rappelle d'abord, avec le Gouvernement et le délégué « qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales », et singulièrement « aux cours et tribunaux, d'interpréter et appliquer » le droit interne (V. parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Malone* précité, série A n°82, p.36, §79, et *Eriksson* du 22 juin 1989, série A n° 156, p.25, § 62). Il ne lui appartient d'onc pas d'exprime une opinion contraire à la leur sur la compatibilité des écoutes judiciaires avec l'art.368 c.pén. Or, depuis de longues années déjà, une série de jugements et d'arrêts, en particulier de la Cour de cassation, voient dans les art. 81, 151 et 152 c.pr.pén. la base légale des écoutes pratiquées par un officier de police judiciaire sur commission rogatoire d'un juge d'instruction.

On ne saurait faire abstraction d'une jurisprudence ainsi établie. Dans le domaine du paragraphe 2 de l'art. 8 de la Convention et d'autres clauses analogues, la Cour a toujours entendu le terme « loi » dans son acception « matérielle » et non « formelle » ; elle y a inclus à la fois des textes de rang infra législatif (V. notamment l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, série A n° 12, p.45, § 93) et le « droit non écrit ». Les arrêts *Sunday Times, Dudgeon et Chappell* concernaient certes le Royaume-Uni, mais on aurait tort de forcer la distinction entre pays de *common law* et pays « continentaux » ; le Gouvernement le souligne avec raison. La loi écrite (*statute law*) revêt aussi, bien entendu, de l'importance dans les premiers. Vice versa, la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds, à telle enseigne que des branches entières du droit positif y résultent, dans une large mesure, des décisions des cours et tribunaux. La Cour l'a du reste prise en considération en plus d'une occasion pour de tels pays (V. notamment les arrêts *Müller et autres* du 24 mai 1988, série A n° 133, p.20, §29, *Salabiaku* du 7 oct.1988, série A n° 141, p.16-17, §29, et *Mark Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann*, du 20 nov.1989, série A n° 165, p.18-19, § 30). A la négliger, elle ne minerait guère moins le système juridique des Etats « continentaux » que son arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 n'eût « frappé à la base » celui du Royaume-Uni s'il avait écarté la *common law* de la notion de « loi » (série A n° 30, p.30, § 47). 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.

En résumé, l'ingérence litigieuse avait une base légale en droit français.

2) « Qualité de la loi ».

30. La deuxième exigence qui se dégage du membre de phrase « prévue par la loi », l'accessibilité de cette dernière, ne soulève aucun problème en l'occurrence.

Il n'en va pas de même de la troisième, la « prévisibilité de la loi », quant au sens et à la nature des mesures applicables. Ainsi que la Cour l'a relevé dans son arrêt *Malone* du 2 août 1984, l'art.8 § 2 de la Convention « ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi » ; « il la veut compatible avec la prééminence du droit » :

« Il implique ainsi [...] que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 (...). Or, le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret (...). A la vérité (...), les impératifs de la Convention, notamment quant à la prévisibilité, ne peuvent être tout à fait les mêmes dans le contexte de l'interception de communications pour les besoins d'enquêtes de police » - ou d'information judiciaires - « que quand la loi en cause a pour but d'assortir de restrictions la conduite de l'individu. En particulier, l'exigence de prévisibilité ne saurait signifier qu'il faille permettre à quelqu'un de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées par les autorités, afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence. Néanmoins, 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.

(...) [Dans son arrêt *Silver et autres* du 25 mars 1983, la Cour] a jugé « qu'une loi conférant un pouvoir d'appréciation doit en fixer la portée », bien que le détail des normes et procédures à observer n'ait pas besoin de figurer dans la législation elle-même (série A n° 61, p.33-34, § 88-89). Le niveau de précision exigé ici de la « loi » dépend du domaine considéré (...). Puisque l'application des mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif » - ou au juge - « ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante (...) pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire » (série A n°82, p.32-33, § 67-68).

31. Selon le Gouvernement, la Cour doit se garder « de juger dans l'abstrait de la conformité de la législation française à la Convention », tout comme de statuer de *lege ferenda*. Elle n'aurait donc pas à traiter des

questions étrangères au cas de M. Kruslin, par exemple la possibilité d'écoutes relatives à des infractions de peu de gravité ou l'absence d'obligation d'informer après coup de la surveillance dont il a fait l'objet un individu que l'on n'a point poursuivi en définitive. De telles questions se rattacheraient en réalité à la condition de « nécessité dans une société démocratique », dont le respect doit se contrôler *in concreto* à la lumière des circonstances de chaque cause.

32. Ce raisonnement ne convainc pas la Cour. Amenée à rechercher si l'ingérence incriminée se trouvait « prévue par la loi », il lui faut inévitablement apprécier, au regard des impératifs du principe fondamental de la prééminence du droit, la « loi » française en vigueur à l'époque dans le domaine considéré. Pareil examen implique par la force des choses un certain degré d'abstraction. Il n'en porte pas moins sur la « qualité » des normes juridiques nationales applicables à M. Kruslin en l'espèce.

33. Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une « loi » d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés technique utilisables ne cessent de se perfectionner.

Devant la Commission (observations complémentaires du 4 juill.1988, p.4-7, résumées au paragraphe 37 du rapport) puis, sous une forme un peu différente, devant la Cour, le Gouvernement a dressé une liste de dix-sept garanties que ménagerait le droit français. Elles concernent tantôt la réalisation des écoutes, tantôt l'utilisation de leur résultat, tantôt enfin les moyens d'obtenir le redressement d'éventuelles irrégularités ; le requérant n'aurait été privé d'aucune d'elles.

34. La Cour ne minimise nullement la valeur de plusieurs d'entre elles, notamment la nécessité d'une décision d'un juge d'instruction, magistrat indépendant ; le contrôle qu'il exerce sur les officiers de police judiciaire et qu'il peut subir à son tour de la part de la chambre d'accusation, des juridictions du fond et, au besoin, de la Cour de cassation ; l'exclusion de tout « artifice » ou « stratagème » consistant non pas dans le simple recours aux écoutes, mais en une « ruse active », un « piège », une « provocation » ; l'obligation de ne pas méconnaître la confidentialité des relations entre l'avocat et le suspect ou inculpé.

Il échet pourtant de constater que seules certaines de ces garanties ressortent des propres termes des art. 81, 151 et 152 c.pr.pén. D'autres se dégagent de jugements et arrêts prononcés au fil des ans, de manière fragmentaire et, dans leur nette majorité, après l'interception dont se plaint M. Kruslin (juin 1982). Il en est aussi que la jurisprudence n'a pas explicitement consacrées jusqu'ici, du moins d'après les renseignements recueillis par la Cour ; le Gouvernement paraît les déduire soit de textes ou principes généraux, soit d'une interprétation analogique de dispositions législatives, ou de décisions judiciaires, relatives à des actes d'information distincts des écoutes, en particulier les perquisitions et les saisies. Bien que plausible en soi, une telle « extrapolation » ne fournit pas en l'occurrence une sécurité juridique suffisante.

35. Surtout, le système n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni 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 non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge – qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales – et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après un non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le Gouvernement sur ces différents points révèlent au mieux l'existence d'une pratique, dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence.

36. En résumé, le droit français, écrit et 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. Il en allait encore davantage ainsi à l'époque des faits de la cause, de sorte que M. Kruslin n'a pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique (arrêt Malone précité, série A n° 82, p.36, §79). Il y a donc eu violation de l'art. 8 de la Convention.

B. – Finalité et nécessité de l'ingérence.

37. Eu égard à la conclusion qui précède, la Cour, à l'instar de la Commission (paragraphe 77 du rapport), n'estime pas nécessaire de contrôler en l'occurrence le respect des autres exigences du paragraphe 2 de l'art.8.

II.- Sur l'application de l'art. 50.

38. Aux termes de l'art. 50, « Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable ».

Le requérant revendique d'abord une indemnité de 1 000 000 de F du chef de sa condamnation à quinze ans de réclusion criminelle [...] : celle-ci résulterait directement de la violation de l'art. 8, les écoutes litigieuses ayant joué un rôle décisif dans l'ouverture de poursuites contre lui. Il réclame en outre le remboursement de frais et honoraires d'avocat : 20 000 F pour la préparation de son pourvoi contre l'arrêt du 16 avril 1985 dans l'affaire de « *la Gerbe d'Or* » [...], plus 50 000 F pour sa défense devant la cour d'assises de la Haute-Garonne et la Cour de cassation dans l'affaire *Baron* [...]. Il ne présente aucune demande relative aux procédures menées à Strasbourg, la Commission et la Cour lui ayant accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite.

Le Gouvernement et le délégué de la Commission ne se prononcent pas.

39. Dans les circonstances de la cause, le constat d'un manquement aux exigences de l'art. 8 fournit à M. Kruslin une satisfaction équitable suffisante pour le dommage allégué par lui, de sorte qu'il n'y a pas lieu à l'octroi d'une compensation pécuniaire.

40. Quant aux frais et dépens assumés par l'intéressé dans l'affaire *Baron*, la Cour ne peut les prendre en considération : sans doute lesdites écoutes, ainsi qu'il le souligne, ont-elles « servi successivement dans les deux dossiers », mais la Commission et la Cour n'ont eu à en examiner la compatibilité avec la Convention que dans le contexte de l'affaire de « *La Gerbe d'Or* » [...].

En revanche, le montant de 20 000 F qu'il sollicite au titre de cette dernière entre en ligne de compte et n'a rien d'excessif ; il échet donc de le lui allouer.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité : 1) dit qu'il y a eu violation de l'art. 8 § 2 ; 2) dit que le présent arrêt constitue par lui-même une satisfaction équitable suffisante quant au préjudice allégué ; 3) dit que l'Etat défendeur doit verser au requérant 20 000 FF pour frais et dépens ; 4) rejette pour le surplus des demandes présentées en vertu de l'art.50.

C. EUR. DR. HOMME, 24 avr.1990 – M. Ryssdal, pr. – Mme Bindschedler-Robert, MM. Gölcüklü, Matscher, Pettiti, Walsh et Sir Evans, juges, (noms illisibles : le greffier et le greffier-adjoint).

4. – CHRONIQUE.

COUR D'APPEL DE PARIS – (1^o CH. ACCUS.) – 18 octobre 1990

PROCEDURE PENALE. Enquêtes, Ecoutes téléphoniques, Légalité, Juge d'instruction, Pouvoirs, Commission rogatoire, Validité, Conditions. – TRAITES INTERNATIONAUX. Convention européenne des droits de l'homme, Ecoutes téléphoniques, Droit français, Conformité, Autorité judiciaire, Libertés individuelles, Protection, Constitution, Juge d'instruction, Obligations.

Le juge d'instruction tient des art. 81 et 151 c.pr.pén. le pouvoir d'ordonner des écoutes et enregistrements téléphoniques ;

Ce pouvoir, délégué à un magistrat du siège, est limité par la sauvegarde de la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire est gardienne en vertu de l'art. 66 de la Constitution et doit s'exercer conformément à la loi et aux principes généraux de procédure pénale ;

Il est, en particulier, fait défense au juge de prescrire lesdites opérations en abandonnant à la merci de son délégué la liberté individuelle, dont le respect de la vie privée est un aspect ;

Il en résulte que si des écoutes et enregistrements peuvent être effectués à l'insu des personnes intéressées, qui ne sont pas seulement celles sur lesquelles pèsent des indices de culpabilité, ce ne peut être que pendant une durée limitée, sur l'ordre et sous le contrôle de ce juge, en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public et d'en identifier et rechercher les auteurs ;

Il faut enfin que ces écoutes soient obtenues sans artifices ni stratagème et que leur transcription puisse être contradictoirement discutée par les parties, le tout dans le respect des droits de la défense ;

Ces prescriptions répondent aux exigences de l'art. 8 al.2, de la Convention européenne des droits de l'homme [1] ;

*La prolongation par le juge de la durée de l'écoute peut être implicite [2] ;
Il se déduit des art.97 et 154 c.pén. que l'officier de police judiciaire doit faire parvenir au magistrat mandant les objets placés sous main de justice en exécution de la délégation qu'il a reçue [3].*

Rép. Pén., Mise à jour, v° Preuve, par G. Stefani, n°31 s.

(X... et autres C. Y... et autres)

ARRET (extraits)

Par ordonnance du 10 juill.1990, le juge d'instruction au tribunal de grande instance [...] a transmis le dossier de la procédure à la chambre d'accusation pour statuer sur la régularité d'actes de l'information. Avis de ladite ordonnance a été donné aux inculpés et aux parties civiles par lettres recommandées du 10 juill.1990 [...].

Considérant que le juge d'instruction, auquel il est apparu que des actes de l'information seraient frappés de nullité, a saisi la chambre d'accusation en vue de leur annulation après avoir pris l'avis du procureur de la République et en avoir avisé les parties ; que cette saisine qui satisfait aux conditions de l'art.171, al. 1°, c.pr.pén. est régulière et recevable ;

.....
LA COUR : - Considérant que les écoutes et enregistrements téléphoniques trouvent leur base légale dans les art. 81 et 151 c.pr.pén., qui confient au juge d'instruction le pouvoir de procéder et de faire procéder par commissions rogatoires à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité : que ce pouvoir, délégué à un magistrat du siège et limité par la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, notamment celui du respect de la vie privée, doit s'exercer conformément à la loi et aux principes généraux de procédure pénale ; qu'il est en particulier fait défense à ce juge, sous peine de nullité des actes réalisés et de ceux qui en découlent ou s'y réfèrent, d'accomplir ou de prescrire des opérations qui abandonneraient à sa merci ou à celle de son délégué l'inviolabilité des droits et principes fondamentaux garantis par les lois de la République ; qu'en outre, si ces écoutes et enregistrements peuvent être effectués à l'insu des personnes intéressées, qui ne sont pas seulement celles sur lesquelles pèsent des indices de culpabilité, ce ne peut être que pendant une durée limitée, sur l'ordre et sous le contrôle de ce juge, en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public, et d'en identifier et rechercher les auteurs, l'exercice des libertés et droits individuels ne pouvant en rien excuser de telles infractions ni en entraver la légitime répression ; qu'enfin il faut que l'écoute soit obtenue sans artifices ni stratagème et que sa transcription puisse être contradictoirement discutée par les parties concernées, le tout dans le respect des droits de la défense ;

Considérant que ces prescriptions répondent aux exigences de l'art. 8 al.2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes desquelles il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est notamment nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ou à la protection des droits et libertés d'autrui ;

Considérant, en l'espèce, que l'examen des pièces de la procédure révèle que le juge d'instruction a, au cours de l'information notamment suivie des chefs de vols avec violence, vols avec violence et en réunion, vols et recels de vols, dans le seul but de rechercher un individu soupçonné d'être l'un des auteurs de ces multiples infractions perpétrées par un groupe organisé de malfaiteurs, par deux commissions rogatoires se rapportant spécialement aux faits dont il se trouve saisi, prescrit la mise sous écoutes pour une durée limitée de deux lignes téléphoniques attribuées à deux intimes de l'individu recherché ; qu'il a été dressé procès-verbaux de la transcription des enregistrements réalisés, lesquels ont été régulièrement versés au dossier de la procédure ; que les cassettes supportant lesdits enregistrements ont été saisies et placées sous scellés ; que si ces commissions rogatoires n'ont pas indiqué que les enregistrements placés sous scellés devaient être transmis au juge d'instruction avec les procès-verbaux dressés pour leur exécution, cette omission ne saurait entraîner la nullité, pas plus que celle desdits procès-verbaux, dès lors qu'il se déduit sans ambiguïté des art. 97 et 154 c.pr.pén. que l'officier de police judiciaire doit faire parvenir au magistrat mandant les objets placés sous main de justice en exécution de la délégation qu'il a reçue ; que, de même, le silence des deux commissions rogatoires en cause sur l'effacement ou la destruction des enregistrements ne les affecte d'aucune cause de nullité ; que le juge d'instruction tient en effet de l'art.81, al.5, c.pr.pén. l'obligation de vérifier lui-même les éléments d'information qu'il a recueillis ou fait recueillir, qu'il s'ensuit qu'il ne doit ordonner l'effacement ou la destruction des enregistrements réalisés à l'occasion d'écoutes téléphoniques qu'il a prescrites ou y procéder lui-même qu'après s'être personnellement assuré qu'ils ne sont pas utiles à la manifestation de la vérité, ou à l'issue de l'information en cas de décision de non-lieu ; qu'en tout état de cause ce pouvoir appartient ensuite à la juridiction de jugement ou à celle qui est compétente pour connaître des incidents relatifs à l'exécution des sentences de juridictions pénales ; qu'enfin l'obligation faite à l'officier de police judiciaire de transmettre les procès-verbaux qu'il a dressés en

vertu de la commission rogatoire dans le délai imparti par le juge d'instruction ne saurait être une cause de nullité dès lors qu'il n'est pas établi qu'en l'espèce le retard constaté ait porté atteinte aux droits de la défense ; qu'il s'ensuit que le fait que l'écoute de la ligne téléphonique attribuée à Z... ait duré jusqu'au 24 avril 1989 alors que les pièces d'exécution de la commission rogatoire qui les a ordonnées auraient dû être transmises au juge d'instruction le 20 janvier 1989, n'entraîne ni la nullité des actes tardivement accomplis, ni à l'évidence celle de la délégation elle-même ; qu'en effet, le seul objet de cet acte et de ceux qui en ont découlé après le 20 janv.1989 a été et a continué d'être la recherche de l'un des auteurs présumés des faits sur lesquels il est instruit ; qu'il n'est ni établi ni même prétendu que l'officier de police judiciaire aurait excédé son pouvoir et qu'il doit être constaté que le juge d'instruction, qui a conservé la direction et le contrôle des écoutes et enregistrements, a implicitement mais nécessairement prolongé le délai d'exécution de ces actes nécessaires à la manifestation de la vérité ;

Considérant qu'il peut ainsi être constaté que le juge d'instruction n'a pas en l'espèce dérogé aux dispositions du traité, de la loi et des principes généraux précités ; qu'il n'y a donc pas lieu à annulation d'actes de l'information ; [...].

Par ces motifs, vu l'art.66 de la Constitution du 4 oct.1958, vu l'art.8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, vu les art.81 et 151 c.pr.pén., vu les art.171, 172, 173, 194, 197, 198, 199, 200, 206, 216 et 217 c.pr.pén., déclare recevable la saisine de la chambre d'accusation ; dit n'y avoir lieu à annulation d'actes de l'information ; ordonne le renvoi du dossier de la procédure à M. W..., juge d'instruction au tribunal de grande instance de [...] pour continuation de l'information [...].

PARIS, 1^o ch. d'accus., 18 oct.1990 – MM. Cambos, f.f. pr. – Chagny et Bulit, conseillers – Kehrig, sust. – Pavageau, Nicoleau et Baranes, av.

ECOUTES TELEPHONIQUES ET CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME.

(à propos de Cass., Ass. Plén., 24 nov. 1989, affaire Baribeau, D.1990.34)

Décidemment, les écoutes téléphoniques n'en finissent pas de faire parler d'elles. Déjà, en moins de dix ans, une dizaine d'arrêts ont été rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation en matière d'écoutes ordonnées par un juge d'instruction (V. not.crim.9 oct.1980, affaire *Tournet*, *Bull.crim.* n°255 ; *JCP* 1981.II.19578, note G, di Marino ; D.1981.332, et la note ; *Rev.sc.crim.* 1981.879 et obs. Levasseur ; 1982.144, obs. J.Robert ; 24 avr.1984, D.1986.125, note Cosson ; 23 juill.1985, affaire *Kruslin*, *Bull.crim.*, n° 275 ; D.1986. Somm. 120, et obs. ; D.1986.61, note Chambon ; 4 nov.1987, D.1988. Somm. 195 et obs. ; 19 juin 1989, *Bull.crim.*, n°261). Et dans les quatre dernières de ces décisions, cette juridiction n'avait pas cru devoir admettre que notre législation est contraire à l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH) qui exige que les ingérences dans la vie privée soient « prévues par la loi ». Mais voici une nouvelle espèce, l'affaire *Baribeau*, portant cette fois sur des écoutes ordonnées dans le cadre d'une enquête et à propos de laquelle l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par arrêt du 24 nov.1989, décide qu'elles sont contraires à cet art. 8. L'emprise de la CEDH se fait chaque jour plus forte sur notre jurisprudence, les demandeurs à un pourvoi en cassation invoquant de plus en plus souvent une violation du texte européen, un peu à la manière des parlementaires qui soumettent une loi à l'appréciation du Conseil constitutionnel en invoquant sa non-conformité à la Constitution.

L'affaire *Baribeau* est assez simple. Opérant dans le cadre d'une enquête, la police judiciaire apprend qu'un sieur Baribeau se livrerait au trafic de stupéfiants et aurait pour client un sieur Salmeron. Elle invite alors ce dernier à téléphoner au vendeur pour lui proposer de lui acheter de la drogue. Le sieur Salmeron accepte et un rendez-vous est pris avec le nommé Baribeau. La conversation, réalisée à partir d'un poste situé dans les locaux d'un commissariat de police, a été enregistrée sur radiocassette. Au moment de la réalisation de la transaction, les policiers sont présents et procèdent à l'arrestation du sieur Baribeau et de l'un de ses complices, le sieur Derrien. Une instruction est ouverte, au cours de laquelle le juge d'instruction, estimant irrégulier le procès-verbal relatif à la conversation téléphonique, saisit la chambre d'accusation aux fins d'annulation en application de l'art. 171 c.pr.pén. Refus d'annulation par les juges de la chambre (arrêt du 16 fév.1989). Pourvoi en cassation formé par le procureur général près la cour d'appel de Paris et par le nommé Derrien. Par arrêt du 13 juin 1989 (*Bull.crim.* n° 254 ; D.1989.I.R.219), la Chambre criminelle casse l'arrêt du 16 février en invoquant l'existence d'artifices ou stratagèmes et surtout l'impossibilité de procéder à des écoutes dans le cadre d'une enquête – faute de texte les prévoyant alors que l'art.8 de la CDEH exige une base légale. La Chambre criminelle renvoie l'affaire à la chambre d'accusation de Paris autrement

constituée qui, par arrêt du 10 juill.1989..., maintient sa position. Nouveau pourvoi, formé par les mêmes parties. Et par arrêt du 24 nov.1989, l'Assemblée plénière reprend la solution de la Chambre criminelle en gommant seulement l'allusion aux stratagèmes et artifices. Ainsi, des policiers qui n'ont pas reçus commission rogatoire d'un juge d'instruction ne peuvent procéder à l'écoute et à l'enregistrement de conversations téléphoniques puisque l'art.8 de la CDEH exige un texte et que les art.81 et 151 c.pr.pén. n'habilite à cet égard, et encore sous certaines conditions, que le juge d'instruction. En statuant de la sorte, l'Assemblée plénière invite indirectement le législateur français à intervenir. On sera donc conduit à considérer ce qu'appelle l'arrêt (II) après avoir rappelé ce qu'il décide (I).

I.- Ce que décide l'arrêt.

Avant d'annuler les écoutes téléphoniques effectuées au cours d'une enquête, l'Assemblée plénière dû décider en quoi consistent ces écoutes, puisque les juges du fond, soucieux de sauver la procédure d'instruction, n'avaient pas cru devoir analyser le procédé utilisé comme écoutes. La question de la notion d'écoutes téléphoniques doit par conséquent être envisagée avant celle de leur statut.

A.- La notion d'écoutes téléphoniques.

Les arrêts rendus depuis 1980 par la Chambre criminelle nous avaient accoutumés à une conception très technique, sophistiquée, des écoutes. Dans toutes les espèces jugées depuis 1980, les écoutes avaient été réalisées par enregistrement de propos captés grâce à une dérivation posée sur la ligne téléphonique de la personne espionnée. Or, en l'espèce, le stratagème utilisé par les policiers est bien plus sommaire puisque ceux-ci se sont bornés à écouter et à enregistrer sur radiocassette des conversations échangées à partir d'un poste téléphonique. Point de dérivation donc.

Les magistrats de la chambre d'accusation, sentant sans doute la fragilité du procédé au regard des textes, ont profité de cette circonstance pour décider qu'il n'y avait pas eu en l'espèce écoutes téléphoniques. Le premier arrêt (16 févr.1989) considérait que « les écoutes téléphoniques se définissent comme une technique consistant à interposer, au moyen d'une dérivation sur la ligne d'un abonné, un procédé magnétique d'enregistrements de conversations... et qu'en l'occurrence les policiers se sont bornés à utiliser leur propre appareil téléphonique pour appeler le numéro attribué à Baribeau comme il était possible à n'importe quel abonné de le faire », un peu comme ils auraient pu prendre des photographies ou monter une filature. Par cette banalisation du procédé employé en l'espèce, les magistrats espéraient donc pouvoir exclure la qualification d'écoutes téléphoniques. Le second arrêt de la chambre d'accusation (10 juill.1989) statuait après le coup de semonce de la Chambre criminelle du 13 juin 1989 et était donc obligé – en fait – de modifier l'analyse du procédé. Aussi y est-il écrit qu'il « n'y a pas eu emploi d'un procédé technique de captation et de conservation de toutes les conversations téléphoniques échangées à partir du poste d'un abonné ». Mais en vérité, et comme on le voit, l'analyse ne change pas substantiellement. Pour la chambre d'accusation de Paris, quelle que soit sa composition, les policiers n'ont pas procédé à des écoutes téléphoniques.

Cette attitude traduit certainement une résistance des magistrats de l'instruction à une interdiction des écoutes qu'ils redoutent et qu'ils devinent à la lecture de l'arrêt de la Chambre criminelle du 13 juin 1989, et surtout avec le grand bruit qui est fait autour de la jurisprudence strasbourgeoise (V. *infra*, II, A). Que les magistrats de la chambre d'accusation aient eu peur d'une annulation est compréhensible. Cependant, on les suit mal dans leur analyse du procédé employé. Si les mots ont un sens, il y avait bien en l'espèce écoute et enregistrement de conversations. L'art.368 c.pén. réprime ceux qui portent atteinte à l'intimité de la vie privée notamment « en écoutant, en enregistrant ou transmettant au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées en un lieu privé par une personne sans le consentement de celle-ci ». L'appel à la notion « d'appareil quelconque » prouve, s'il en était besoin, que l'écoute téléphonique peut se réaliser de n'importe quelle façon, et pas forcément par dérivation (Crim. 19 mai 1981, *Bull.crim.* n° 161 ; D.1981.544, note D. Mayer : condamnation d'un prévenu qui avait enregistré des conversations par magnétophone collé à l'écouteur ; V. aussi Crim. 8 déc.1983, *Bull.crim.* n° 333 ; D.1985.IR.17, obs. R. Lindon ; Gaz. Pal. 1984.1.394, note J.-P. Doucet). Aussi comprend-on parfaitement l'Assemblée plénière d'avoir considéré qu'il y avait bien « écoute et enregistrement » des propos tenus, c'est-à-dire écoutes téléphoniques.

D'ailleurs, déjà dans le passé, le procédé employé en l'espèce par les policiers avait bien été considéré comme une écoute téléphonique, au moins deux fois. Dans la première affaire, très célèbre, les magistrats de la Chambre criminelle ont annulé la procédure car, bien que les policiers aient été nantis d'une commission rogatoire, il y avait eu provocation (Crim. 12 juin 1952, affaire *Imbert*, *Bull.crim.* n° 153 ; D.1953. Somm.2 ; *JCP* 1952.II.7241, note Bouchot ; S. 1954.1.69, note Légal). Et, dans la seconde, le procédé a été validé parce que les policiers tout à la fois avaient une commission rogatoire et n'avaient usé d'aucun stratagème (Toulouse, Ch.accus., 26 nov.1987, *Bull.inf. C.cass.*, n° 260, avr.1988).

Ainsi, pour conclure, il y a écoutes téléphoniques dans le fait d'accéder à des conversations privées, non seulement en usant d'une dérivation, mais encore en employant tout procédé comme le rapprochement d'une radiocassette de l'écouteur. On peut y assimiler tous moyens utilisés pour identifier les numéros

d'appel, les dates et les heures de leur utilisation, ces moyens consistant en appareils appelés « zoller » ou « malicieux ».

Mais quel est le statut procédural des écoutes téléphoniques ainsi définies ?

B.- Le statut des écoutes téléphoniques.

L'arrêt Baribeau contient à cet égard deux affirmations d'inégal intérêt. La première est une confirmation : en observant qu'en l'espèce les policiers n'avaient pas reçu du juge d'instruction une commission rogatoire aux fins d'écoute et d'enregistrement, l'arrêt admet *a contrario* que ces écoutes auraient été licites s'ils en avaient eu une. En cela, l'arrêt du 24 nov.1989 ne fait que confirmer une solution classique depuis l'arrêt *Tournet* du 9 oct.1980 (préc.). Il n'y a donc pas lieu d'insister sur cette règle, étant seulement rappelé qu'elle supporte des limites – absence de stratagème et d'atteinte aux droits de la défense – et que la doctrine est partagée : des auteurs lui sont favorables (A. Chavanne, *Rev.sc.crim.* 1971.614 ; P. Kayser, *Mélanges Vincent*, 1981, 169 ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, 1988, t.2, n°98 s. ; notes au D.1981.332, et 1985.93 ; A. Vitu, *Droit pénal spécial*, 1982, t.2, n°2032 in fine), cependant que d'autres sont bien plus réservés (P. Chambon, *JCP* 1981.I.3029 et note au D.1985.93 ; G. di Marino, *JCP* 1981.II.19578 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 1989, t.2, n°130, p.166).

La seconde affirmation de l'arrêt, nouvelle celle-là, est la nullité des écoutes téléphoniques menées au cours d'une enquête. En décidant ainsi, l'arrêt pose deux questions.

1° Que vaut tout d'abord cette règle ? Selon l'arrêt du 24 nov.1989, l'interdiction des écoutes dans le cadre de l'enquête se fonde sur une combinaison de trois textes : d'une part, les art.81 et 151 c.pr.pén., seuls textes pouvant servir de base à des écoutes (malgré leur caractère très général) et n'accordant le pouvoir d'en ordonner qu'au juge d'instruction, d'autre part, l'art.8 al.2 de la CDEH qui exige une « loi » pour toute ingérence dans la vie privée et, par conséquent, pour toute écoute téléphonique. Il n'y a donc point de texte en ce qui concerne l'enquête.

Pourrait-on cependant soutenir que les écoutes effectuées lors de l'enquête sont légalement prévues et donc possibles au motif qu'elles sont voisines des perquisitions et saisies qui, elles, sont prévues par la loi, même dans le cadre de l'enquête ? L'argument est séduisant puisque l'on peut être tenté de rapprocher la saisie des correspondances de l'enregistrement d'une voix. L'argument pêche cependant et deux fois. D'abord parce que, dans le cadre de l'enquête préliminaire, les perquisitions ne sont possibles que du consentement de celui qui les subit (art.76 c.pr.pén.) alors qu'une écoute téléphonique ne peut, par hypothèse, intervenir qu'à l'insu de la personne, et donc sans son accord. Ensuite, et surtout, parce que l'assimilation est tout de même un peu forcée. Si la jurisprudence *Tournet* a admis les écoutes dans le cadre de l'instruction préparatoire, c'est sur le fondement, non des textes relatifs à la perquisition et à la saisie, mais sur le fondement de l'art.81 c.pr.pén., qui autorise le juge d'instruction à procéder à tous les actes d'information nécessaires à la manifestation de la vérité et qui n'a pas son pendant dans les art.53 et s.c.pr.pén. sur l'enquête.

De la sorte, il n'y a vraiment pas de texte autorisant les écoutes téléphoniques dans le cadre de l'enquête. Le principe de la légalité – dont nul ne conteste qu'il s'applique à la procédure aussi bien qu'au droit de fond (A. Vitu, *Le principe de légalité et la procédure pénale*, *Rev.int.crim.* et *pol.techn.* 1967.94 s.) – justifie donc pleinement la solution retenue par l'Assemblée plénière dans notre droit actuel, quels que soient les inconvénients qui en découlent.

2° Il faut, en outre, déterminer le domaine de la solution. L'interdiction des écoutes ne concerne-t-elle que l'enquête préliminaire ou s'étend-elle aussi à l'enquête de flagrance ? L'arrêt du 24 nov.1989 est muet sur la question, se bornant à relater sommairement les faits et à parler des « services de police ».

Il est certain que la prohibition de toutes écoutes concerne l'enquête préliminaire ; d'abord parce qu'elle n'est pas coercitive, le suspect ne parlant que s'il le veut bien, et ensuite parce que l'arrêt de la Chambre criminelle du 13 juin 1989, rendu dans la même affaire, visait expressément l'enquête préliminaire. La doctrine d'ailleurs, unanime pour une fois, a toujours admis cette solution (A. Chavanne, *Les résultats de l'audio-surveillance comme preuve pénale*, rapport du XII^e Congrès international de droit comparé, Sydney et Melbourne, août 1986, *Rev.int.dr.comp.* 1986. 749 s. ; R. Gassin, *Rép.pén.* Dalloz, v^o *Vie privée*, n°99 ; obs. au D.1988. Somm.195). Une seule limite peut être apportée à la règle de la prohibition : la jurisprudence considère que n'est pas illégal l'emploi d'un procédé technique qui a pour seul but et résultat, non d'intercepter des conversations téléphoniques, mais d'identifier l'auteur d'appels réitérés et injurieux (Crim. 4 et 16 janv.1974, *Bull.crim.* n° 2 et 25 ; *Rev.sc.crim.* 1974.589, obs. G. Levasseur ; JCP 1974.II.17731, note Lindon ; D. 1974. Somm. 10 ; 17 juillet 1984 (2 arrêts), *Bull.crim.* n°259 ; D.1985.IR.17, obs. R. Lindon).

Dans l'esprit de l'Assemblée plénière, la prohibition des écoutes s'étend aussi à l'enquête de flagrance. L'arrêt du 24 nov.1989 s'est en effet bien gardé de reprendre l'allusion faite par l'arrêt du 13 juin 1989 à l'enquête préliminaire, comme si ses auteurs avaient entendu étendre la prohibition à la procédure de flagrance. Tout se passe comme si les magistrats, conscients de statuer dans le cadre de la formation

judiciaire la plus prestigieuse de notre pays, avaient entendu donner un vaste domaine à la règle qu'ils ont posée. Etendre la prohibition des écoutes à l'enquête de flagrance est certes gênant, car les faits, flagrants par hypothèse, doivent être prouvés aussitôt pour être interrompus immédiatement, alors que les écoutes sont souvent le meilleur moyen, sinon le seul, pour assurer cette preuve dans des conditions de rapidité maximale. Et c'est pourquoi la doctrine, avant l'arrêt de novembre, était partagée (pour l'illégalité des écoutes : J. Robert, *Rev.sc.crim.* 1982.144 ; A. Chavanne, préc. ; pour la légalité : J. Montreuil, J.-Cl. *Procédure pénale*, art. 53 s., n°232 ; J. Pradel et A. Varinard, pr éc. n°89). Mais, aujourd'hui, il n'y a plus de place à l'hésitation, la Cour de cassation ayant fait prévaloir la nécessité d'une loi sur celle de conservation urgente des preuves. Solution certaine, mais si embarrassante que l'arrêt du 24 nov.1989, indirectement, appelle une intervention législative.

II. – Ce qu'appelle l'arrêt.

Le fait qu'indirectement l'arrêt Baribeau appelle une loi conduit à examiner deux questions : est-ce qu'il faut vraiment une loi, et pas seulement pour l'enquête, et quel peut-être le contenu de cette loi ?

A – La nécessité d'une loi.

Cette nécessité peut être démontrée à l'aide d'un syllogisme.

1° Les écoutes téléphoniques sont absolument indispensables à la preuve de certaines infractions, notamment à la preuve des infractions de trafic, comme le « commerce » des stupéfiants. Pour la détection de ces comportements, le seul moyen utilisable ou presque réside dans l'enregistrement des conversations entre les partenaires du trafic. Cette indispensabilité apparaît d'ailleurs bien dans la présente affaire puisque le trafic n'a pu être débusqué que par voie d'écoutes téléphoniques.

2° Or notre droit est avare de textes alors qu'il en faut absolument puisque l'art.8 de la CDEH, on l'a dit, subordonne les ingérences dans la vie privée à l'existence d'une « loi ».

Cette avarice touche au néant en ce qui concerne l'enquête, comme on vient de le voir (V. *supra*, I, B, 1). Pour ce qui est de l'instruction préparatoire, la réponse est beaucoup plus nuancée.

a)- d'un côté, on doit rappeler que la jurisprudence de Strasbourg entend largement le mot « loi » tel qu'il figure à l'art.8 de la CDEH. Selon la Cour européenne, en effet, le mot « loi » englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit, et par conséquent, les usages et la jurisprudence (arrêts *Sunday Times* du 26 avr.1979 et *Silver* du 25 mars 1983 ; *adde* M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique* : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, D.1988. Chron. 221). Portalis, opportunément rappelé par M. Martinez, membre de la Commission européenne des droits de l'homme, ne disait pas autre chose ; « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit... c'est au magistrat à ...en diriger l'application ... à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien est bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçues tiennent lieu de loi » (rapports dans les affaires *Kruslin* et *Huvig*, Commission européenne, 14 déc.1988, respectivement p.20 et 18). Or notre droit interne est fait de deux pièces : le texte général de l'art. 81, al.1°, c.pr.pén. qui permet, rappelons-le, au juge d'instruction de procéder « à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » et une jurisprudence citée plus haut qui apporte des précisions sur les limites d'utilisation des écoutes (V. *supra*, I, B, *in limite*). Et le nombre maintenant assez élevé d'arrêts adoptant et le même principe et les mêmes limites permet de dire qu'il existe, comme l'écrivait Portalis, « une suite non interrompue de décisions semblables ».

b) D'un autre côté cependant, la jurisprudence de Strasbourg est extrêmement stricte. Observons avant tout que, selon la jurisprudence de la Cour, les conversations téléphoniques, bien que non mentionnées expressément par l'art. 8, al.1°, de la CDEH, qui se borne à décider que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance », se trouvent comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » (arrêts *Klass* du 6 sept.1978 et *Malone* du 2 août 1984) : l'interception d'une communication téléphonique est donc une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice d'un droit garanti par l'al.1° de l'art. 8.

Et si l'al. 2 de cet article admet une ingérence, c'est à la condition que celle-ci soit « prévue par la loi ». Or, selon la jurisprudence de la Cour, la « loi » doit être : 1° « suffisamment accessible au citoyen » (arrêt *Sunday Times*, préc.) ; 2° « assez claire pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer « une atteinte secrète à la vie privée » (arrêt *Malone*, préc.) ; 3° et enfin précise dans sa réglementation (arrêt *Klass*, préc.).

On peut justement soutenir que notre droit, s'il est bien accessible, n'est pas toujours clair et surtout pas toujours précis. Rien n'est dit par exemple, dans les arrêts sur les infractions susceptibles de donner lieu à

des écoutes, sur les personnes susceptibles de voir leurs conversations écoutées, sur la durée des écoutes, etc.

L'idée que notre droit n'est pas conforme à l'art. 8 de la CDEH est renforcée par trois considérations : le fait que, récemment, la Commission européenne a décidé que le droit français n'est pas conforme à ce texte, contrairement à la Chambre criminelle (affaires *Kruslin* et *Huvig*, préc.) ; le fait qu'à l'étranger le législateur est en général bien plus précis que nous, en visant notamment les écoutes de façon expresse et en décrivant leur régime selon des règles qui leur sont propres ; enfin le fait que, parfois, les directeurs des télécommunications marquent une certaine réticence à exécuter les écoutes, redoutant une poursuite pour atteinte à l'intimité de la vie privée (art. 368 c.pén.).

c) De la sorte, si l'on peut soutenir la conformité de notre droit à l'art. 8 de la CDEH, il est plus prudent de miser sur sa non-conformité, d'autant plus que l'ont est dans l'attente de deux arrêts de la Cour européenne, suite aux deux rapports de la Commission européenne du 14 déc.1988 rendus à propos des affaires *Kruslin* et *Huvig*. On admettra donc que – sans en être tout à fait certain – notre droit, même dans le cas de l'instruction préparatoire, ne possède pas de « loi » autorisant les écoutes téléphoniques.

3° Par voie de conséquence, le législateur français a tout avantage à intervenir. C'est d'ailleurs l'avis unanime de la doctrine (R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 1989, t.2, n° 130, p.166 ; R. Kœuring-Joulin et P. Wachsmann, rapport français in M. Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, 1989, p.201 ; J. Pradel et A. Varinard, préc. N° 106 ; note au D.1981.334, 2^{col.}). C'est également l'opinion des commissions d'études qui ont abordé la question des écoutes soit à titre exclusif (rapport Schmelck, 1982, non publié), soit dans le cadre d'une réflexion plus large (rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, nov. 1989, p.64 et 99). C'est encore, à titre comparatif cette fois, le sentiment de la jurisprudence belge qui rejette les écoutes, faute de texte (M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, Liège, 1989, p.761 s. F. Tulkens, rapport belge, in Delmas-Marty, préc., p.166 s.). Il reste à donner au moins quelques indications sur le contenu de la loi qu'à notre avis devait adopter le législateur français.

B. – Le contenu de la loi.

Etant observé que les écoutes téléphoniques doivent être entendues au sens large indiqué plus haut (V. *supra*, I, A, *in fine*), deux questions se posent (note au D.1981.334, 2° col.).

1° A quelles procédures s'appliqueraient les écoutes ? Il est d'abord deux certitudes : point d'écoutes possibles dans le cadre de l'enquête préliminaire, qui est une procédure non coercitive, écoutes possibles en revanche dans le cadre de l'instruction préparatoire, qui est par excellence la procédure prévue pour les affaires complexes, celles où justement l'écoute des conversations est parfois indispensable.

Reste la question de l'enquête de flagrance. On peut à première vue hésiter à admettre les écoutes dans une procédure dans laquelle n'apparaît pas le juge d'instruction en tant que tel. Pourtant, deux arguments solides militent en faveur des écoutes. L'un est général : dans le cas de flagrance consistant dans l'infraction « qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre » (art. 53, al.1° c.pr.pén.), le seul moyen d'interrompre l'activité délictueuse est parfois de procéder à des écoutes qui permettront la localisation des agissements, l'identification de leurs auteurs et l'arrestation de ceux-ci (V. *supra*, I, B, 2° *in fine*). L'autre argument est propre à l'art. L.627-5 c. santé publ. (L. 31 déc.1987) dont l'al. 2 prévoit une excuse atténuante ainsi conçue : « la peine maximale encourue par toute personne auteur ou complice de l'une des infractions énumérées à l'art. L.627 (trafic de stupéfiants) et qui aura avant toute poursuite permis ou facilité l'identification des autres coupables ... sera réduite de moitié ». Or le jeu de cette excuse implique pratiquement l'établissement d'écoutes au cours de cette phase antérieure aux poursuites qu'est l'enquête de flagrance, ces écoutes faisant suite à la dénonciation de certains auteurs par d'autres et la confortant puisqu'une dénonciation, à elle seule, est insuffisante pour que s'applique l'excuse. De ces deux arguments il résulte donc que des écoutes téléphoniques peuvent être faites au cours d'une enquête de flagrance.

Cependant, quelle que soit la procédure dans le cadre de laquelle s'effectuent les écoutes – enquête de flagrance ou instruction préparatoire – celles-ci doivent être soumises à de strictes conditions qui seules nous mettront en paix avec l'art. 8 de la CDEH et avec son interprétation telle qu'elle apparaît dans les arrêts de la Cour européenne.

2° A quelles conditions peuvent donc être ordonnées des écoutes téléphoniques ? Le régime des écoutes doit être bâti sur la conciliation entre les nécessités probatoires et l'esprit de la CDEH ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne, esprit manifestement favorable au secret de la vie privée. Le principe légal devrait donc être la prohibition des écoutes téléphoniques. Et les exceptions au principe devraient être conçues de façon étroite et, pour cela, être soumises à trois principes : de judiciarisation, de discrétion et de loyauté.

-- Principe de judiciarisation – Il signifie que toute écoute devrait être décidée par un magistrat. Après ouverture d'une instruction, ce magistrat serait évidemment le juge d'instruction. Avant ouverture, en fait au cours d'une enquête de flagrance, ce magistrat serait le procureur de la République (ou le juge d'instruction dans le cadre de l'art. 72 c.pr.pén.). Et ici une précision s'impose car certains esprits estiment qu'il vaut mieux charger de cette mission un juge, censé être plus indépendant que les magistrats du parquet, ajoutant parfois qu'à l'étranger cette mesure est décidée en général par un juge. On peut répondre d'abord que les membres du parquet sont des magistrats au même titre que les juges et que, d'ailleurs, ce sont eux, les parqueters, qui prolongent les gardes à vue. Il faut ajouter que les arguments tirés du droit comparé doivent toujours être maniés avec une précaution infinie. En effet, il faut bien saisir que le parquet français, à l'inverse de nombreux autres parquets, ne se borne pas à la poursuite, assurant en outre la « direction » de la police judiciaire (art. 12 c.pr.pén.), et se trouvant donc tenu au courant du déroulement des investigations et conduit à les orienter. Révélateur à cet égard est l'exemple du Canada où le ministère public, « l'avocat de la Couronne », ne fait que lancer la poursuite et où c'est en conséquence un juge qui décide les mises sous écoutes (P. Béliveau et J. Pradel, *La justice pénale dans les droits français et canadiens*, 1986, p.110 s.). Inversement, en Allemagne fédérale, le parquet, qui est chargé des investigations, peut ordonner la mise sous écoutes, de façon restrictive il est vrai puisqu'il ne le peut qu'en cas d'urgence et qu'il doit saisir un juge dans les trois jours aux fins de prolongation (art. 100 c.pr.pén. de 1877, modifié par les lois des 25 juin 1969 et 31 mai 1978). Et la solution est la même en Suisse pour la période antérieure à la saisine d'un juge d'instruction, le parquet pouvant ordonner des écoutes (J. Gauthier, *Rapport suisse*, au XII^e Congrès international de droit comparé, Sydney et Melbourne, août 1986, Institut suisse de droit comparé, 1987, p. 75).

-- Principe de discrétion. – Il est plus difficile à cerner car le mot « discrétion » est peu précis et, au sens où nous l'entendons, par juridique. Par principe de discrétion, nous voulons dire que, pour des raisons tenant à la préservation de sa vie privée, les écoutes doivent n'être possibles qu'à de strictes conditions.

Certaines de ces conditions sont communes à l'enquête de flagrance et à l'instruction préparatoire.

Premièrement, les écoutes ne doivent être possibles que lorsque l'infraction est grave, traduisant chez l'agent une hostilité certaine à l'égard de la société. On pourrait décider, par exemple, que l'infraction doit être passible d'une peine d'emprisonnement au moins égale à trois ans.

Deuxièmement, les écoutes ne doivent être possibles que pour des infractions dont il n'est pas possible de rapporter la preuve par d'autres moyens (condition de subsidiarité des écoutes). Il faut en effet éviter de banaliser un procédé exceptionnel et de pousser les magistrats à la facilité.

Ces deux conditions permettent de dresser une liste des infractions susceptibles de donner lieu à écoutes : ce sont d'une part les violences ou voies de fait de l'art. 309, al.3, c.pén. lorsqu'elles sont commises par téléphone, ou « persécutions téléphoniques » (V. déjà Crim. 4 janv.1974, D.1974. Somm.10 ; 16 janv.1974, *Bull.crim.* n° 25 ; D.1974.IR.44, pas d'infraction à l'art. 368 c.pén. en cas de pose sur la ligne téléphonique du plaignant, d'un appareil destiné à déterminer l'auteur d'appels réitérés constitutifs de violences) ; ce sont d'autre part pour l'essentiel les infractions de trafic (de stupéfiants, de proxénétisme notamment), les vols à main armée et les actes de terrorisme, tous agissements graves et supposant des contacts téléphoniques entre participants. Faut-il, comme l'a fait le législateur allemand, que ces infractions soient énumérées dans un texte de loi ? Nous ne le pensons pas, le juge ou le procureur devant conserver une certaine liberté d'appréciation. Le code italien de procédure pénale de 1989, très précis en revanche, prévoit les écoutes dans deux séries de cas : soit quand la peine est au moins de cinq ans de réclusion, soit pour certaines infractions spécifiées (trafic de stupéfiants, infractions relatives aux armes, contrebande, « persécutions téléphoniques ») (art.266-1).

Troisièmement, la décision de mise sous écoutes doit indéniablement prévoir une durée d'exécution de la mesure, quitte à imaginer une prolongation, par une nouvelle décision. Cette règle se retrouve dans l'art. 579 c.pr.pén. espagnol (pour son commentaire, V. V. Sendra, V. Catena, J. Nosete et V. Dominguez, *Derecho procesal*, II, t.2, *Proceso penal*, 3^e éd., 1989, n° 151 et 152). Il n'y a pas lieu en revanche de prévoir une motivation de la commission rogatoire du juge ou de la réquisition du parquet : en effet, la décision de mise sous écoutes est un acte d'instruction ou d'enquête et il n'y a donc pas de raisons de prévoir une motivation en la forme juridictionnelle (*Contra* le droit espagnol).

Quatrièmement, s'il est indéniable que les écoutes puissent viser les inculpés et les suspects (V. déjà Poitiers, 7 janv.1960, *JCP* 1960.II.11599, note P. Chambon ; D.1960 Somm. 91, et Trib. corr. Seine, 30 oct.1964, D.1965.433 ; *Gaz.pal.* 1964.2.410, décisions déclarant régulières des écoutes portant sur la ligne d'un suspect dans le cadre d'une instruction ouverte contre X...), on peut s'interroger sur des extensions aux victimes et témoins véritables. Pour les victimes, par exemple pour les personnes objet de violences téléphoniques ou de chantage, il n'y a pas à hésiter : les écoutes doivent être possibles. En revanche, pour les témoins véritables, ceux qui ne seront pas inculpés, l'hésitation est permise, les législations étrangères prévoyant parfois que doivent exister des indices de culpabilité contre la personne dont la ligne téléphonique est surveillée. Nous pensons pourtant qu'il peut être nécessaire de mettre sur écoutes la ligne d'un simple témoin. La doctrine y est d'ailleurs favorable (J. Robert, *Rev.sc.crim.* 1982.145, *in fine*) et l'art. 8 de la CDEH – dont on a dit qu'il s'applique aux écoutes téléphoniques – se borne, pour autoriser l'ingérence dans la vie

privée, à exiger qu'elle soit prévue par une loi et qu'elle soit nécessaire notamment « à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ».

Enfin, cinquièmement, la réquisition ou la commission rogatoire doit mentionner l'identité de la personne faisant l'objet de la mesure de surveillance et l'infraction qui motive le recours à cette mesure. Elle doit en conséquence indiquer que ne donneront lieu à transcription sur procès-verbal que les conversations relatives à cette infraction. Déjà, en pratique, les commissions rogatoires stipulent souvent « qu'il ne sera gardé aucune trace des conversations étrangères à la procédure ».

On doit signaler une condition supplémentaire et qui, propre à l'instruction préparatoire, s'explique par le principe de la saisine *in rem* du juge d'instruction. Ce magistrat, ne pouvant connaître que des faits dont a bien voulu le saisir le parquet, ne saurait prescrire, dans sa commission rogatoire, la recherche de faits postérieurs au réquisitoire introductif, de nouveaux actes de trafic de drogue par exemple. Ce que doit capter le technicien à la demande du juge, ce sont des conversations qui révèlent l'activité, plus ou moins habituelle, qui avait entraîné l'ouverture de l'instruction. En pratique, cependant, ne nous illusionnons pas car ces conversations postérieures au réquisitoire sont souvent relatives à de nouveaux agissements délictueux de sorte que le juge, en cas d'apparition de tels agissements, devra communiquer le dossier au parquet aux fins de réquisitions supplétives.

-- Principe de loyauté. – Au sens large la loyauté implique l'exclusion de tout procédé frauduleux et de toute atteinte aux droits de la défense. Cette exigence qui touche à l'éthique judiciaire est déjà affirmée par notre jurisprudence (V. par ex. Crim. 9 oct.1980, préc.) et par la CDEH à l'art. 6.

La notion d'atteinte aux droits de la défense paraît assez simple et même, si la loi doit à notre avis la viser, son application ne devrait pas soulever de graves difficultés. Il est certain par exemple que l'enregistrement d'une conversation entre inculpé et avocat ne saurait être tolérée, par imitation de ce qui est décidé à propos de la correspondance (comp. Paris, *ch.accus.*, 27 juin 1984, D.1985.93, et la note, où l'avocat jouait le rôle d'informateur et non de conseil).

En revanche, la notion de procédés frauduleux est plus malaisée à cerner et notre jurisprudence, en prohibant les ruses et artifices, ne fait guère avancer les choses. Faut-il décider que les écoutes, par leur nature même, constituent un piège, un stratagème, au motif qu'elles sont secrètes (V. en ce sens S. Trechsel, intervention à l'audience publique de la Cour européenne du 24 oct.1989 dans l'affaire *Kruslin*, p. 46) et en déduire qu'elles sont « contraires à la loyauté exigée en toute occasion du magistrat instructeur et de ceux qu'il délègue par commission rogatoire » (R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, préc.). Une telle condamnation globale des écoutes nous paraît insoutenable car il y a stratagème et stratagème. Ce qui doit être prohibé, c'est la ruse « active », celle dans laquelle un agent de l'autorité joue un rôle causal, en posant ou en faisant poser des « questions piège » (V. Crim. 12 juin 1952, préc.) et en poussant à l'accomplissement d'une infraction. En revanche, la ruse « passive », dans laquelle l'agent se borne à recueillir des conversations sans intervenir lui-même, afin d'obtenir des preuves, doit être admise (sur cette distinction, V. J-P. Puissochet, intervention dans l'affaire *Kruslin*, p. 49 et 50). Telle est la règle dans notre jurisprudence la plus récente (Crim. 2 mars 1971, *Bull.crim.* n°71 ; 2 oct.1979, *ibid.*, n°266 ; adde P. Maistre du Chambon, *La régularité des « provocations policières »* : l'évolution de la jurisprudence, *JCP* 1989.I.3422, n°8 s.). Tel est également le sentiment de la Cour européenne dans les affaires *Klass* et *Malone* (préc.), de la jurisprudence américaine (L. Scholl, *La provocation policière en droit américain*, *Rev.dr.pén. et crim.* 1989.809 s., not. 814) et des tribunaux belges, qui distinguent entre « provocation-commission » (interdite) et « provocation-révélation » (permise). Cette distinction paraît si nécessaire et si évidente qu'il ne nous paraît pas certain qu'elle doive être consacrée dans la loi.

De toute façon, le principe de loyauté doit être appliqué avec souplesse en application de la jurisprudence même de la Cour de Strasbourg. Celle-ci a décidé récemment « qu'est admissible l'enregistrement d'une conversation téléphonique obtenue illégalement par les autorités de police dès lors que, pendant le procès, les droits de la défense n'ont pas été méconnus et que l'enregistrement n'a pas constitué le seul moyen de preuve » et elle a ajouté qu'on ne « saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale, en l'espèce des écoutes téléphoniques, et qu'il incombe seulement de rechercher si le procès a présenté dans l'ensemble un caractère équitable » (arrêt *Schenk*, 12 juill.1988, *Rev.sc.crim.* 1988.840 s., obs. L-E. Pettiti). Le respect des droits de la défense est vraiment l'éternelle notion, celle à laquelle on revient sans cesse, véritable principe général du droit et même principe à valeur constitutionnelle (Cons.constit., décisions des 2 déc.1976, 19-20 janv.1981 et 3 sept.1986).

Si, comme il est permis de l'espérer, le législateur statue un jour prochain sur les écoutes téléphoniques, il devra s'en souvenir, tout comme il devra aussi se souvenir de la souplesse de la Cour européenne dans l'affaire *Schenk* et de la résistance des juges du fond dans l'affaire Baribeau, même si leur combat était perdu d'avance. Ne rendons pas impossible la tâche des magistrats et policiers dans des secteurs clé de la criminalité.

Jean PRADEL,
Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers.