

Paris, le 09 janvier 2014

12-14 rue Charles Fourier
75013 PARIS
Tel 01 48 05 47 88
Fax 01 47 00 16 05
Mail : contact@syndicat-magistrature.org
site : www.syndicat-magistrature.org

Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi « relatif à la géolocalisation »

Par deux arrêts du 22 octobre 2013 relatif à la technique d'investigation dite de géolocalisation, la Cour de cassation a créé une vive polémique au sein du gouvernement, du monde judiciaire et de « *l'opinion publique* », entraînant ainsi le déclenchement d'un processus législatif dans l'urgence.

Rappelant que cette technique « *constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge* », la chambre criminelle – ne faisant ainsi que souligner les lacunes de notre système... - a validé des opérations de géolocalisation réalisées sous le contrôle d'un juge d'instruction mais a censuré de telles opérations dès lors qu'elles étaient réalisées dans le cadre d'une enquête dirigée par le procureur de la République.

Il faut dès à présent rappeler, pour une bonne compréhension, ce que désigne ce terme de géolocalisation dans le débat qui nous intéresse.

Il s'agit d'un dispositif permettant, dans le cadre d'une enquête ou d'une information judiciaire, de localiser, à tout moment et en temps réel, un individu ou un objet, soit par l'utilisation d'un dispositif dédié tel qu'une balise, soit par le suivi dynamique d'un terminal de télécommunication.

Jusqu'aux arrêts de la haute juridiction, la géolocalisation sous forme de suivi en temps réel d'un terminal de communication était fréquemment utilisée par les services de police et de gendarmerie afin de localiser, suivre, surveiller des individus suspectés d'avoir participé à la commission d'une infraction. Dans le

cadre d'une information, elle avait pour support l'article 81 du Code de procédure pénale (CPP) permettant au juge d'instruction de diligenter « toute mesure utile » à la manifestation de la vérité, formulation particulièrement large. Dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance dirigée par le procureur, le support en était tout aussi large puisqu'il s'agissait de l'article 41 alinéa 1er du CPP qui dispose de façon générale que « *le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale* » et des articles 60-2 alinéa 1 et 77-1-1 du CPP qui lui permettent d'obtenir notamment des opérateurs de téléphonie toute « *information utile à la manifestation de la vérité* » ou tout « *document intéressant l'enquête* ».

Quant aux balises, le plus souvent apposées sur des véhicules intéressant l'enquête, elles étaient majoritairement utilisées comme « *aide à l'enquête* » et n'apparaissaient que rarement en procédure.

On comprend donc « l'émoi » causé par ces décisions qui, de fait, interdisaient dorénavant l'utilisation de la géolocalisation – et surtout du suivi des terminaux de communication, la seule des modalités figurant officiellement en procédure – lors des enquêtes dirigées par le parquet, soit pour l'immense majorité des enquêtes.

Cela a d'ailleurs conduit à la direction des affaires criminelles et des grâces à prendre très rapidement une circulaire afin d'alerter les professionnels sur ce nouvel état du droit, et notamment de recommander aux parquetiers de requérir l'ouverture d'une information judiciaire chaque fois qu'ils estimaient que la géolocalisation était nécessaire.

Compte tenu du caractère urgent de certaines investigations, de l'inadaptation de la procédure d'information à certaines situations, et du vide juridique existant, il était effectivement nécessaire de légiférer.

Nous ne pouvons d'ailleurs que nous féliciter que la Cour de cassation ait ainsi pointé, à sa façon, les lacunes de notre système pénal au regard de la jurisprudence de la CEDH qui nous rappelle à la fois que si le parquet français n'est pas « *un juge* » - et c'est une évidence -, il n'est pas non plus « *une autorité judiciaire* », et que la géolocalisation constituant une ingérence dans la vie privée, telle que protégée par l'article 8 & 1 de la Convention, elle doit dès lors être encadrée.

Dès lors, si le Syndicat de la magistrature est favorable à ce qu'il soit légiféré en la matière, ce projet de loi doit être examiné au regard de la jurisprudence de la CEDH et des décisions de la cour de cassation du 22 octobre 2013, afin de concilier les impératifs de protection de la vie privée et la nécessité de diligenter certaines investigations en urgence, sans tomber dans les outrances d'un débat où a été agité le spectre d'un « *délinquant tout puissant* » face aux services d'enquête et aux victimes.

1) La géolocalisation, une ingérence dans la vie privée

Les principes en la matière ont notamment été fixés par la CEDH dans son arrêt « Uzun c. Allemagne » du 2 septembre 2010, sur le fondement de l'article 8 de la Convention selon lequel :

« 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 ».

Examinant la conventionalité de l'utilisation de balises dans les enquêtes pénales, la CEDH a considéré que les dispositifs de géolocalisation, en ce qu'ils permettent la collecte et la conservation d'informations relatives à des individus par des services de sécurité, constituent une ingérence dans la vie privée de ces personnes.

Elle précise qu'en égard au risque d'abus inhérent à tout système de surveillance secrète, en particulier compte tenu de la sophistication constante de la technologie disponible, de telles mesures doivent se fonder sur une loi particulièrement précise. Elle doit notamment préciser la nature, l'étendue et la durée de ces mesures, les raisons requises pour les ordonner ainsi que les autorités compétentes pour les autoriser et les contrôler. Le droit interne doit en effet offrir une protection adéquate et suffisante contre les ingérences de l'autorité publique dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 de la CEDH afin d'éviter tout arbitraire.

La Cour considère toutefois que l'ingérence dans la vie privée ainsi caractérisée est moins importante que lorsqu'il s'agit d'une mesure d'interception de conversations téléphoniques. Dès lors, cette mesure n'a pas à être autorisée préalablement par un juge mais le droit interne doit permettre un contrôle judiciaire, éventuellement a posteriori, et la possibilité d'exclure les éléments de preuve obtenus au moyen d'une surveillance illégale.

La Cour rappelle enfin que l'ingérence dans la vie privée par l'autorité publique doit correspondre à un besoin social impérieux et qu'elle doit notamment être proportionnée au but légitime poursuivi.

La Cour de cassation, dans ses arrêts du 22 octobre 2013 concernant le suivi dynamique de téléphones mobiles, pris au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, est allée plus loin que la CEDH. Elle a en effet affirmé « *que la technique dite de géolocalisation constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge* ».

Elle a considéré que devaient être en conséquence annulées les mesures de géolocalisation réalisées sous le seul contrôle du procureur de la République.

La Cour de cassation ne reprend donc pas la distinction faite par la CEDH entre une mesure de géolocalisation, ingérence dans la vie privée considérée comme de moindre importance par la juridiction de Strasbourg, et d'autres types d'ingérence comme les écoutes téléphoniques qui elles, selon la CEDH, doivent nécessairement être autorisées par un juge.

Ce faisant, la Cour de cassation rappelle non seulement que le procureur ne peut être considéré comme « un juge », mais pointe aussi, de façon indirecte, la problématique spécifique à la France qui est le statut de son parquet. On rappellera en effet que selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et notamment ses arrêts Medvedyev ou Moulin, et encore récemment dans un arrêt « *Vassis et autres contre France* » du 27 juin 2013, notre ministère public ne peut être considéré comme une autorité judiciaire au sens de l'article 5^{§3} de la Convention en raison de son manque d'indépendance à l'égard du pouvoir politique, compte tenu notamment de ses conditions de nomination. S'il est entendu, au vu de cette jurisprudence, que les parquetiers ne peuvent dès lors être chargés de contrôler et prolonger une mesure privative de liberté au-delà d'une certaine durée, la Cour de cassation semble aller plus loin, en raison de ce problème de statut, en considérant qu'ils ne peuvent pas non plus contrôler l'exécution d'une mesure entraînant une ingérence dans la vie privée.

De façon paradoxale, la Cour de cassation ne tire cependant pas toutes les conséquences de l'arrêt « Uzun c. Allemagne » en ne soulignant pas les lacunes de notre droit, et notamment l'imprécision des textes servant de support à la géolocalisation. Le présent projet de loi est cependant l'occasion d'y remédier.

Ce texte doit dès lors, pour tenir compte à la fois des principes posés par la CEDH mais également des décisions de la Cour de cassation, déterminer à quelles conditions les mesures de géolocalisation peuvent être ordonnées, et qu'elle est l'autorité qui doit les contrôler.

2) L'équilibre du projet de loi

La définition des mesures de géolocalisation

Le projet de loi définit les mesures de géolocalisation comme « *tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, d'une personne à l'insu de celle-ci, d'un véhicule ou de tout autre objet sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur* ».

Cette définition paraît suffisamment large pour viser l'ensemble des mesures de géolocalisation, y compris les balises qui n'apparaissent aujourd'hui que rarement en procédure, et prendre en compte les évolutions techniques qui interviennent régulièrement en ce domaine.

Elle est en même temps suffisamment précise, répondant ainsi aux exigences de la jurisprudence européenne.

Les infractions concernées par les mesures de géolocalisation

Le nouvel article 230-32 du CPP prévoit que les mesures de géolocalisation pourront être utilisées dans les enquêtes relatives à des crimes, des délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à 3 ans ou dans les procédures prévues aux articles 74 à 74-2 et 80-4 du CPP concernant la recherche des causes de la mort, la recherche des causes d'une disparition ou la recherche d'une personne en fuite.

Selon la CEDH, l'ingérence dans la vie privée doit correspondre à un besoin social impérieux et être proportionnée au but légitime poursuivi.

Pour le Syndicat de la magistrature, le seuil de 3 ans fixé dans le projet de loi n'est pas proportionné au but légitime poursuivi. La géolocalisation constitue une ingérence dans la vie privée, certes moins grave que les interceptions téléphoniques, mais qui doit être limitée aux infractions graves.

Il paraît donc indispensable de limiter l'utilisation de ces techniques aux délits punissables d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à 5 ans, pour le moins quand cette technique est utilisée lors d'une enquête préliminaire ou de flagrance. S'il s'agit d'une mesure autorisée par le juge d'instruction, le seuil retenu pourrait être moindre.

L'autorité chargée d'autoriser et de contrôler les géolocalisations

Le projet de loi prévoit que cette autorisation, quel que soit le type d'enquête, sera délivrée par le procureur de la République pour une durée de 15 jours, et qu'à l'issue de ce délai, l'autorisation sera délivrée par le juge des libertés et de la détention (JLD). Lorsqu'une information est ouverte, c'est au juge d'instruction qu'il appartiendra d'autoriser le recours à ce type de mesure.

Cette solution nous paraît correspondre aux critères posés par la CEDH, qui n'exige pas une autorisation préalable d'un juge, et à ceux de la Cour de cassation, qui estime que ces mesures doivent être exécutées « *sous le contrôle d'un juge* ».

Le délai de 15 jours, qui correspond à celui de l'enquête de flagrance prolongée, permettra aux services de police, sous le contrôle du procureur de la République, de mettre en œuvre ces dispositifs et de répondre aux impératifs d'urgence. Il est par contre indispensable que la mesure soit prolongée au-delà du délai de 15 jours par le juge des libertés et de la détention sur requête du procureur de la République.

La durée de l'autorisation - un mois renouvelable pour le JLD et quatre mois pour le juge d'instruction - est satisfaisante. Elle correspond d'ailleurs à la durée d'autorisation des interceptions téléphoniques.

Le projet de loi prévoit que l'autorisation de recourir aux mesures de géolocalisation doit être écrite et émaner du procureur de la République, du JLD ou du juge d'instruction. Il s'agit là d'une garantie essentielle contre un recours abusif à ce type de mesure. Le projet de loi prévoit toutefois qu'en cas d'urgence, expressément définie par « *un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens* », les mesures de géolocalisation peuvent être mises en place après accord

donné par tous moyens par le magistrat compétent, lequel dispose alors d'un délai de 48 heures pour prescrire, par décision écrite, la poursuite des opérations.

Cette disposition paraît suffisante pour éviter les abus, à condition néanmoins que, dans ce cas précis, une sanction soit prévue en cas de non respect. Le projet prévoit, dans son article 230-33 reprenant sur ce point les dispositions valables pour les écoutes téléphoniques, que la décision autorisant une mesure de géolocalisation est certes écrite, mais ne constitue pas un acte juridictionnel et est insusceptible de recours. Si un mécanisme spécifique de nullité n'est pas prévu en cas de non régularisation d'une autorisation donnée dans l'urgence, le dispositif prévu serait en effet privé de toute effectivité.

L'intrusion dans un lieu privé

Dans le but légitime de protéger les enceintes privées, le projet de loi réglemente la mise en place ou le retrait, sans le consentement de son propriétaire ou de son occupant, d'un dispositif de géolocalisation dans un lieu privé ou dans un véhicule. Il s'agit d'un progrès puisque la pose de balise, dispositif principalement concerné en l'espèce, échappait jusque-là, dans la plupart des cas, à une autorisation quelconque.

Il précise le régime de cette mesure selon le lieu dont il est question. S'il s'agit d'un local privé, autre que le domicile, servant à l'entrepôt de véhicules ou de marchandises, l'autorisation pourra être donnée par écrit par le procureur de la République ou le juge d'instruction.

S'il s'agit d'un lieu privé autre qu'un lieu servant à l'entrepôt de véhicules ou marchandises, cette autorisation ne pourra être donnée que lorsque l'enquête est relative à un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'au moins 5 ans. Nous rappelons à cette occasion que nous voudrions que ce seuil de cinq soit retenu par principe pour l'autorisation même de l'utilisation de la géolocalisation durant la phase d'enquête.

S'il s'agit d'un lieu d'habitation, il est en outre prévu que seul le JLD peut délivrer une telle autorisation à la requête du procureur de la République. Enfin, si une information judiciaire est ouverte, le juge d'instruction devra saisir le JLD lorsque l'intrusion, doit intervenir en dehors des heures prévues à l'article 59 du CPP, soit avant 6 heures et après 21 heures. Si la volonté de protéger plus particulièrement le domicile est louable, pour le moins quand la géolocalisation est utilisée au cours de l'enquête, la saisine du JLD par le juge d'instruction paraît néanmoins plus surprenante dès lors que, en cas d'urgence, le magistrat instructeur peut autoriser l'introduction dans un domicile, de nuit.

Le contrôle des opérations de géolocalisation

Le projet de loi prévoit logiquement que le magistrat qui autorise la mesure, ou qui en a autorisé la poursuite, en contrôle l'exécution.

Il prévoit en outre que « le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision du magistrat ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes », reprenant ainsi ce qui est prévu notamment pour les perquisitions effectuées de nuit (article 706-93 du CPP).

Il faudra bien sûr veiller à ce que cette disposition ne soit pas l'occasion de multiplier les géolocalisations de façon abusive, sous de faux prétextes, ce qui pourra être le rôle de la juridiction de jugement, ou pourquoi pas de la chambre de l'instruction.

La géolocalisation du téléphone d'une victime

Les mesures de géolocalisation en temps réel du téléphone d'une victime peuvent avoir pour objectif de retrouver une victime ou une personne disparue, ou un mineur en fugue. Le projet de loi exclut dans ce cas l'application des nouvelles dispositions, en indiquant dans un article 230-28 nouveau que « *les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables lorsque la géolocalisation se fait à partir de données obtenues auprès des opérateurs de communication électroniques (...) et qu'elles sont relatives à la localisation d'un équipement terminal de communication électronique détenu par la victime de l'infraction* ».

Elles sont donc exécutées a priori dans l'intérêt de ces victimes, mais il s'agit aussi de leur vie privée, notamment lorsqu'une personne a décidé de disparaître volontairement. On peut dès lors s'interroger sur l'opportunité d'écarter tout contrôle des opérations de géolocalisation du téléphone portable d'une victime, et le Syndicat de la magistrature n'y est pas favorable d'autant que le projet de loi prévoit déjà que les enquêteurs pourront, en cas d'urgence résultant notamment d'un risque d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, mettre en place ces dispositifs après accord préalable donné par tout moyen.

Le recours à la géolocalisation par les agents des douanes

Le projet de loi autorise les services d'enquête douanière, dans le cadre des livraisons surveillées et des « coups d'achat », à recourir aux techniques de géolocalisation, dès lors que l'enquête porte sur un délit douanier puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à 3 ans.

Dès lors que ces opérations ont un domaine réduit, sont autorisées et contrôlées par les mêmes autorités et dans les mêmes conditions que les enquêtes pénales, cette disposition apparaît de nature à garantir les citoyens contre les ingérences abusives. Il conviendra, comme pour les enquêtes pénales, de limiter l'utilisation de ces techniques aux délits punissables d'une peine égale ou supérieure à 5 ans d'emprisonnement et non pas 3 ans comme il est prévu.