

CLAUDINE GUERRIER

*Les écoutes
téléphoniques*

CNRS DROIT

 CNRS EDITIONS

CLAUDINE GUERRIER

*Les écoutes
téléphoniques*

Sommaire

Liste des abréviations	9
Introduction	11

PREMIÈRE PARTIE **UN COMPROMIS DIFFICILE ENTRE ORDRE PUBLIC** **ET LIBERTÉS INDIVIDUELLES : LICÉITÉ ET LÉGALITÉ**

Chapitre premier

Les interceptions téléphoniques : historicité et culture juridique

SECTION UN – LICÉITÉ ET CHAMP D'APPLICATION DES INTERCEPTIONS JUDICIAIRES	28
§ I - L'ABSENCE DE RÉFÉRENCE LÉGALE	28
§ II - LES RÉFÉRENCES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES	43
SECTION DEUX – LES ÉCOUTES DE SÉCURITÉ.....	50
§ I - UN QUASI-VIDE JURIDIQUE	50
§ II - ÉCOUTES ADMINISTRATIVES ET CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, RÉFÉRENCES	60
SECTION TROIS – LE CONTRÔLE DES INTERCEPTIONS	79
§ I - LE CONTRÔLE AUX ÉTATS-UNIS ET AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE	80
§ II - LE CONTRÔLE EN FRANCE.....	85

Chapitre 2

La loi de 1991 et le régime des écoutes judiciaires de télécommunications : principes et modalités

SECTION UN – LES PRINCIPES DE L'INTERCEPTION JUDICIAIRE	88
§ I - LE MONOPOLE DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE	88
§ II - LES LIMITES DU MONOPOLE DU JUGE D'INSTRUCTION	92

SECTION DEUX – LES MODALITÉS DE L'ÉCOUTE JUDICIAIRE	98
§ I - LA LICÉITÉ DES ÉCOUTES JUDICIAIRES :	
CONDITIONS DE FOND ET DE FORME	98
§ II - L'APPLICATION DU NOUVEAU CONCEPT D'ÉCOUTE JUDICIAIRE	122

Chapitre 3

La loi de 1991 et le régime des écoutes de sécurité de télécommunications : modalités et contrôle

SECTION UN – LE RÉGIME LÉGAL DES ÉCOUTES DE SÉCURITÉ..	127
§ I - LA PRÉVENTION :	
LES PRINCIPES DE BASE DE L'ÉCOUTE DE SÉCURITÉ LÉGALE	128
§ II - LES MODALITÉS D'APPLICATION DE LA LOI.....	138
SECTION DEUX – L'INSTITUTION DU CONTRÔLE DES ÉCOUTES DE SÉCURITÉ	148
§ I - LA NATURE ET LA COMPOSITION DE CET ORGANISME DE CONTRÔLE....	149
§ II - L'ÉTAT DE DROIT, LES FONCTIONS DE LA CNCIS, LA SÉCURITÉ	161

DEUXIÈME PARTIE DROIT ET INTERCEPTIONS TÉLÉPHONIQUES APRÈS 1991. ORDRE PUBLIC ET LIBERTÉS INDIVIDUELLES

Chapitre 4

Les interceptions après 1991. Interprétation et évolution

SECTION UN – LE TRAVAIL DE LA CNCIS ET LE SECRET PROFESSIONNEL, GARANTS DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES	173
§ I - LE TRAVAIL DE LA CNCIS, SON ORGANISATION, SA MISSION DE CONCEPTEUR	173
§ II - UN SECRET PROFESSIONNEL MIEUX PROTÉGÉ	186
SECTION DEUX – UN ORDRE PUBLIC DANS UN CONTEXTE ÉVOLUTIF	202
§ I - DES TECHNIQUES ET DES DROITS	202
§ II - LE SECRET DÉFENSE	208

Chapitre 5

Interceptions et dysfonctionnements : licéité, libertés, intérêt public

SECTION UN – DE L'ILLICÉITÉ ET DES AUTORITÉS JUDICIAIRES	243
§ I - LES ÉCOUTES PRIVÉES, UN PHÉNOMÈNE CONSTANT	244
§ II - L'INTERCEPTION ILLICITE, SOUS CERTAINES CONDITIONS, DES COMMUNICATIONS SUR LES LIEUX D'ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES	255

SECTION DEUX – LES INSUFFISANCES DE LA LOI DE 1991 EN MATIÈRE DE LIBERTÉS INDIVIDUELLES	274
§ I - LES CONTRÔLES EFFECTUÉS À LA REQUÊTE DE PARTICULIERS	274
§ II - LA THÉMATIQUE DES PERSONNES PROTÉGÉES	283
Conclusion	291
Bibliographie	301
Table des matières	313

Liste des abréviations

ART	Autorité de régulation des télécommunications
BRI	Brigade de recherche et d'intervention de la préfecture de police
CA	Cour d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CALEA	Communication Assistance for Law Enforcement Act
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEPT	Conférence européenne des postes et télécommunications
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CNCIS	Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité
CNIL	Commission nationale Informatique et liberté
COB	Commission des opérations de bourse
DPS	Direction de la protection et de la sécurité
DST	Direction de la surveillance du territoire
ETSI	European Trade Standard Institute
FISA	Foreign Intelligence Surveillance Act
FNL	Front national de libération
GIC	Groupement interministériel de contrôle
GIGN	Groupe d'intervention de la gendarmerie nationale
GIPN	Groupes d'intervention de la police nationale de la Direction de contrôle de la sécurité publique
GSIGN	État-major du groupement de sécurité et d'intervention de la gendarmerie nationale
GSPR	Détachement de gendarmerie du groupe de sécurité de la présidence de la République
HFD	Haut fonctionnaire défense
OIT	Organisation internationale du travail
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
P-DG	Président-directeur général
RAID	Unité recherche, assistance, intervention, dissuasion
RG	Renseignements généraux
SA	Société anonyme
TA	Tribunal administratif
UCLAT	Unité de coordination de la lutte antiterroriste
UCLAM	Unité de coordination et de recherches antimafias

UEO	Union de l'Europe occidentale
UFC	Union fédérale des consommateurs
UIT	Union internationale des télécommunications

Édition :

BO	<i>Bulletin officiel</i>
Bull.	<i>Bulletin</i>
CR	Compte rendu
Code des P et T	code des postes et télécommunications
Crim.	Chambre criminelle
D.	Dalloz
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
JCP	jurisclasseur périodique (<i>La semaine juridique</i>)
JOAN	<i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i> ; débats parlementaires
JO, Sénat	<i>Journal officiel du Sénat</i> ; débats parlementaires
R. d. p.	<i>Revue de droit pénal</i>
R. d. pub.	<i>Revue de droit public</i>
R. fr. de d. adm.	<i>Revue française de droit administratif</i>
RDS	<i>Revue de droit social</i>
R. i. d. crim.	<i>Revue internationale de droit criminel</i>
R. s. crim.	<i>Revue de sciences criminelles</i>

Introduction

L'écoute téléphonique est techniquement facile dans sa réalisation, juridiquement complexe dans son approche.

L'écoute téléphonique est définie comme « l'action d'écouter une conversation téléphonique »¹. L'écoute est le fait de « s'appliquer à entendre »² ou de « prêter l'oreille »³. Ces notions recouvrent une action, mais une action peu dynamique : le cerveau ordonne aux oreilles d'écouter ; les « oreilles »⁴ exécutent passivement. Le concept revêt aussi un caractère intentionnel. L'écoute ne relève pas du domaine de l'inadvertance. Le sujet qui écoute « s'applique » et « est attentif » : cet aspect intentionnel⁵ implique une forme de concentration. L'écoute est une activité humaine volontaire⁶. Elle est de nature répétitive. Chaque personne consacre une partie non négligeable de son temps à écouter autrui, dans sa vie professionnelle, dans sa vie privée, dans l'éventuelle sphère de son existence vouée aux loisirs.

L'écoute n'a rien d'imaginaire. Elle n'est pas un fantasme. Elle implique la lucidité⁷. Elle ne peut échapper à l'application du droit pénal.

L'interception est définie comme « le fait de s'emparer de ». Il y a captation, qui est généralement contraire au droit⁸. Comme l'écoute, l'interception est intentionnelle, volontaire, lucide. Néanmoins, la marque de la volonté est plus forte dans l'interception que dans l'écoute. L'écoute peut s'interrompre à tout moment, avec la dilution de la volonté et de l'intention. La cessation de l'interception induit une réflexion, puisque la finalité en est que la captation dis-

1. *Petit Larousse*, 1999.

2. *Idem*.

3. *Idem*.

4. Terme utilisé fréquemment par la presse à connotation satirique ou polémique pour désigner le phénomène des interceptions ou des écoutes.

5. Intentionnel : correspond à l'aspect moral dans la commission du délit. Là où il n'y a pas intention, il n'y a ni crime ni délit.

6. Une action volontaire, si elle est illégale, est passible de sanctions civiles ou pénales.

7. Lucidité : pour être jugée, une personne doit posséder une certaine forme de lucidité, de discernement. Dans le cas contraire, elle sera considérée comme irresponsable.

8. Captation : vol, détournement appliqué à différents objets (données, héritage...).

paraît avec elle. L'interception englobe l'écoute, mais l'écoute ne peut constituer le chapeau d'une interception. Voilà pourquoi l'écoute téléphonique est perçue par le droit comme une sous-catégorie des interceptions. La loi de 1991 est relative « aux interceptions par voie de télécommunications »⁹. Elle s'intéresse aux interceptions téléphoniques, et aux interceptions réalisées par d'autres moyens de communication. À la fin du XX^e siècle, l'interception téléphonique est encore la forme d'interception par voie de télécommunication la plus répandue. L'écoute téléphonique constitue l'un des termes fréquemment employés par la jurisprudence.

L'écoute téléphonique s'applique aux conversations, à la correspondance entre personnes physiques. Elle emprunte le procédé de la téléphonie filaire ou cellulaire¹⁰. Elle est rarement considérée avec la distance qui est censée occulter l'émotion. Même quand elle est jaugée par la raison (qui peut être ironique), elle ne devient pas indifférente. Cette étude se garde bien d'ignorer l'environnement qui est pris en compte à chaque fois que se produit une interaction entre l'écoute techniquement réussie et la perception de l'écoute par un acteur. L'oubli risquerait de fausser le raisonnement de la conversation. La correspondance intéresse le juriste depuis plusieurs siècles. Sous Louis XIV, dans un siècle où les vertus de la démocratie contemporaine étaient inconnues, la correspondance était évoquée officiellement avec componction. Ce respect s'explique par la religiosité de la société paysanne, et par l'influence des valeurs religieuses dans l'aristocratie et la bourgeoisie. La correspondance, si elle n'est pas destinée à des fins professionnelles, est un moyen de confiance. Or, l'église catholique est alors persuadée que, dans un cadre précis, la confiance est un instrument de la bonification humaine. Les protestants ne sont pas loin de partager la même conviction, mais ils évacuent l'aspect rituel qui semble essentiel à l'église catholique. Le sacrement de confession, par lequel un homme, revêtu du statut du prêtre¹¹ remet, au nom de Dieu, ses péchés à un autre homme qui avoue ses péchés fut à l'origine de controverses très vives entre catholiques et protestants. L'Édit de Nantes¹² fut révoqué sous Louis XIV. La souveraineté royale réprima durement les révoltes protestantes¹³. La confiance, au-delà de la confession, conserve une image valorisée et valorisante. Elle s'établit par la parole, et par le courrier, qui abolissent les distances.

Pendant la période révolutionnaire, une morale laïque, inspirée du christianisme, se substitue à l'ancienne obligation de respecter l'église catholique et ses

9. Loi n° 91.64646 du 10 juillet 1991. Titre I : Des interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire. Titre II : Des interceptions de sécurité.

10. Depuis quelques années, les interceptions de conversations par voie cellulaire se multiplient. Les matériels destinés à l'interception de téléphones mobiles sont de plus en plus fiables et de plus en plus nombreux. Quant à la jurisprudence, si elle s'intéresse surtout à la téléphonie filaire, elle n'ignore plus la téléphonie cellulaire. Cf. arrêts de la Cour de cassation, des cours d'appel, sur les interceptions téléphoniques entre 1991 et 1999.

11. Le prêtre est un agent de l'organisation ecclésiastique ; il a joué un rôle important dans les sociétés influencées par le christianisme.

12. Cf. sur l'Édit de Nantes, Janine GARRISSON, *L'Édit de Nantes : chronique d'une paix attendue*, Fayard, 1988 ; Jean QUIÉNART, *La Révocation de l'Édit de Nantes, protestants et catholiques en France de 1598 à 1685*, Desclée de Brouwer, 1985.

13. Cf. sur les révoltes protestantes, Janine GARRISSON, *L'Édit de Nantes et sa révocation : histoire d'une intolérance*, Le Seuil, 1985.

ordonnancements. Avec Napoléon I^{er}, l'alliance¹⁴ entre le Trône et l'Autel se reconstitue. Le code civil en tient compte. L'administration des postes se doit de protéger le secret de la correspondance transportée. Dans l'actuel code des Postes et Télécommunications¹⁵, la question est abordée.

Le secret des correspondances est inviolable, mais des dérogations sont prévues :

– La poste doit communiquer aux autorités judiciaires qui en font la demande en matière pénale, au service de la redevance de l'audiovisuel, les changements de domicile dont elle a connaissance¹⁶.

Elle est au service des juges d'instruction et participe à sa façon à la lutte contre la fraude fiscale.

– Un contrôle douanier est autorisé¹⁷, pour les envois frappés de prohibition à l'importation¹⁸, à l'exportation¹⁹.

Les fonctionnaires des douanes accèdent aux bureaux de poste, pour y rechercher, en présence des agents des postes, les envois clos ou non clos. Le secret de la correspondance ne doit pas favoriser la commission d'actes délictueux.

Par le moyen des télécommunications, la correspondance est un échange de paroles. Pendant longtemps, cette forme de communication ne fut pas aussi bien protégée que la correspondance par courrier. Pendant longtemps, la téléphonie resta en France un privilège. Les titulaires d'abonnements téléphoniques constituaient une minorité. Dans les années 1880, la possession et l'utilisation d'une ligne téléphonique étaient un signe extérieur de richesse²⁰. Le décollage de la téléphonie filaire date des années 1970, le décollage de la téléphonie cellulaire de 1997. En 1984²¹, est proclamé le droit au téléphone : toute personne qui en fait la demande obtient l'installation d'une ligne, que l'opération soit rentable ou non. La logique qui s'applique est celle du service public²².

La Direction générale des télécommunications, puis France Télécom, obéit aux prescriptions légales. France Télécom SA est un opérateur de service universel²³.

14. Une alliance conflictuelle entre pouvoirs temporel et pouvoir spirituel. Cf. CLAUDEL, *L'Otage, Le Père humilié*, Livre de poche, 1956.

15. Code des P et T. Cf. chapitre II. Partie législative – Dérogations à l'inviolabilité et au secret des correspondances.

16. Article L5.

17. Article L6.

18. Les envois sont passibles de droits ou taxes perçus par le service des douanes et soumis à des restrictions ou formalités à l'entrée (importation).

19. Les envois sont passibles de droits ou taxes perçus par le service des douanes ou soumis à des restrictions ou formalités à la sortie (exportation).

20. Catherine BERTHO, *Histoire des télécommunications*, Livre de Poche, 1981.

21. Loi de 1984, insérée dans le code des P et T.

22. Continuité, égalité, universalité, sont les principes du service public.

23. Service universel des télécommunications :

Droit international :

– OMC (4^e protocole sur les services de télécommunications de base, annexé à l'accord général sur le commerce des services – 25 février 1997) :

Service universel : « Tout membre a le droit de définir le type d'obligations en matière de service universel qu'il souhaite maintenir. Ces obligations ne seront pas considérées comme anti-concurrentielles en soi, à condition qu'elles soient administrées de manière transparente, non discriminatoire et neutre du point de vue de la concurrence et qu'elles ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour le type de service universel défini par le Membre. »

Le nombre des courriers postaux n'a cessé de décroître au fur et à mesure de l'augmentation des appels téléphoniques. Les écoutes tendent à se multiplier avec l'essor exponentiel des télécommunications. La sécurité technique, qui a toujours joué un rôle important en matière de télécommunications²⁴ s'inscrit dans le travail de normalisation élaboré par l'UIT²⁵, la CEPT²⁶, l'ETSI²⁷. Cet aspect est particulièrement important pour les matériels qui permettent l'interception.

Une autre forme de sécurité est mise en exergue dans la problématique des écoutes téléphoniques : la sécurité de l'État. Ce dernier, comme toute entité détentrice de prérogatives de la puissance publique, s'est adjugé le droit de se défendre contre les menaces qui portent atteinte, non seulement à son intégrité, mais à son bon fonctionnement. Depuis des siècles, l'État considère qu'il peut intercepter les correspondances et les conversations susceptibles d'être tenues par des personnes nourrissant des intentions malveillantes.

Plusieurs acteurs entrent en scène dès qu'il est question d'écoutes téléphoniques. Les « écoutés » potentiels sont innombrables et sont susceptibles d'être appelés à témoigner. En fait, toute personne physique, dans une société avancée, peut faire l'objet d'une interception téléphonique. Voilà pourquoi, les écoutes téléphoniques sont un sujet sensible, pour ne pas dire tabou²⁸.

Il est très difficile de mener des entretiens, ouverts ou fermés, sur ce thème. Les rapports d'activités de la CNCIS (Commission nationale de contrôle des interruptions de sécurité) démontrent que de nombreuses personnes nourrissent la crainte quasi obsessionnelle d'être écoutées. Quant aux professionnels de l'écoute, même quand ils ont à faire à un interlocuteur (trice) bien informé²⁹ des exigences de la confidentialité et du secret-défense, ils ont tendance à se rétracter devant des questions pertinentes et à conserver le silence. Il apparaît évident que les sources les plus sûres sont la jurisprudence, la doctrine.

Une approche de la littérature populaire permet de suppléer en partie le refus de communiquer. Elle révèle que l'écoute téléphonique traduit, au niveau de l'inconscient collectif, un univers infantile, où le « Bien » et le « Mal » sont omniprésents, traduits en archétypes³⁰. Cet infantilisme s'explique par le pouvoir dévolu à

(Suite de la note n° 23, page 13)

– Droit de l'Union européenne : Résolution du Conseil du 7 février 1994 (94/c24801), Livre vert sur la libéralisation des infrastructures, décembre 1994-janvier 1995, cf. Directive 98/10 CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel. « Le service universel consiste en l'accès à un service minimum déterminé, d'une certaine qualité, offert à tous les utilisateurs à un prix abordable fondé sur les principes d'universalité, d'égalité, de continuité. Le but sous-jacent est de garantir à tous les utilisateurs les bénéfices d'un service de téléphonie meilleur marché et de meilleure qualité ainsi que les avantages d'une concurrence et d'un choix accru. »

24. Depuis le télégraphe aérien.

25. L'Union internationale des télécommunications.

26. La CEPT : Conférence européenne des postes et des télécommunications.

27. European Trade Standard Institut.

28. Mary DOUGLAS et Anne GUÉRIN, *De la souillure, essai sur les notions de pollution et de tabou*, La Découverte, 1992.

29. Expérience de l'auteur.

30. Sur les archétypes, cf. Yves DURAND, « Les Archétypes » in *L'Exploration de l'imaginaire : introduction à la modélisation des univers mythiques*, L'Espace bleu, 1965.

ceux qui écoutent : police et gendarmerie, sur mandat d'un juge d'instruction, GIC (Groupement interministériel de contrôle), et personnes privées s'étant rendues coupables d'infractions.

La personne écoutée est ramenée au stade du mauvais élève. Si des conversations sont interceptées, c'est parce qu'elle s'est mal conduite vis-à-vis de l'autorité³¹. Cette analyse ne prévaut pas toujours. La littérature a esquissé des portraits divers, ironiques, railleurs, des écoutants : les figures sont parfois comiques. Les demoiselles du téléphone, qui dans l'illicéité la plus totale, écoutent les paroles échangées par des inconnu(e)s sont traitées sur le mode humoristique, léger. En revanche, le Prince, le Pouvoir, quand ils ont un caractère maléfique, arbitraire, multiplient les écoutes. Celles-ci sont alors des instruments mis au service d'une ambition illégitime. Dans les romans d'espionnage, les « bons » espions utilisent les écoutes pour connaître les desseins des mafias et des « ennemis »³². Les « mauvais » espions captent leurs paroles pour nuire à une société harmonieuse. Les écoutes véhiculent une vision dichotomique du réel et de l'imaginaire. Elles génèrent des réactions de peur, d'effroi : les mauvais écouteurs sont sans doute des sorciers³³. Ces romans populaires pour adultes et enfants servent d'exutoires à des angoisses mal régulées³⁴. Elles sont également une source de dérision : l'intelligence se défend contre la paranoïa et attaque l'univers des oreilles en le ridiculisant.

Ces données ont été intégrées rationnellement dans le droit : les écoutés perçoivent dans l'écoute une atteinte aux libertés individuelles³⁵, à la sphère privée³⁶. Les écoutants agissent soit conformément à la légalité (en ce cas, ils pratiquent les écoutes judiciaires licites, et les écoutes de sécurité, à caractère préventif), soit dans l'illicéité, pour des motifs personnels³⁷ ou par appât du gain³⁸.

Le droit s'est appliqué à pratiquer une régulation entre les acteurs, à établir un compromis entre les besoins légitimes des écoutants et des écoutés. La loi précise que la correspondance par voie de télécommunications est inviolable. Elle n'en permet pas moins des dérogations. Un équilibre s'instaure entre les droits de l'homme et l'intérêt public.

L'étude s'intéresse aux normes relatives aux écoutes et aux interceptions, tout en prenant en compte les limites de la législation, due à la résistance combinée d'exigences antagonistes.

La législation est nécessaire, non seulement parce qu'elle est demandée par la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi et surtout parce qu'elle tend à supprimer des dysfonctionnements.

Les sujets qui n'ont pas été abordés récemment par la loi française dans le domaine des interceptions sont porteurs d'indécision et parfois facteurs d'infra-

31. Père castrateur cherchant à punir un « coupable ».

32. Métaphore infantilissante du délinquant.

33. Cf. *L'univers des contes*. Bruno BETTELHEIM, *Psychanalyse des contes de fées*, Robert Laffont, coll. « Pluriel », réédition, 1996.

34. Romans d'espionnage et d'aventure pour adultes et pour enfants.

35. Cf. Convention européenne des sauvegardes de l'homme.

36. L'interception ne doit pas s'immiscer dans la vie privée.

37. Problèmes familiaux.

38. Cf. espionnage économique.

tions : il en est ainsi pour les écoutes microphoniques³⁹, qui n'ont pas été incorporées dans le corpus juridique français, pour les écoutes sauvages, lesquelles, malgré la sollicitude de certains parlementaires, n'ont pas été abordées par la loi de 1991.

La licéité est précisée au regard de la protection de la vie privée et de la sécurité. Chaque terme est choisi avec prudence⁴⁰. Les modalités d'interceptions légales sont indiquées avec clarté⁴¹. Ce processus s'applique à l'État-nation démocratique, qu'il se situe dans la sphère internationale ou la sphère européenne. Dans la mesure où le droit humanitaire est en cause, des conventions internationales ont été élaborées, et la hiérarchie habituelle des normes imposée⁴².

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁴³ est une référence incontournable, même si elle n'est pas toujours appliquée : elle évoque la protection de la vie privée. L'article 17 du pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies du 16 décembre 1966 reprend les mêmes notions sous une présentation quasi identique⁴⁴. Ces deux textes font référence au cercle privé.

Le droit français mentionne le respect de la vie privée dans l'article 9 du code civil⁴⁵ et dans la loi du 17 juillet 1970, soucieuse de renforcer la protection des libertés individuelles. La protection de la correspondance est conditionnée par le respect de la vie privée. Pendant longtemps, la vie privée était assimilée à la vie familiale : cette vision découle de la morale et de la religion judéo-chrétienne. La famille est la cellule de base de la vie chrétienne au quotidien⁴⁶. La vie privée, opposée à la vie professionnelle, se déroule dans la famille, constituée des conjoints, des enfants⁴⁷, et éventuellement des grands-parents et des petits-enfants. Jusqu'au XX^e siècle, la religion⁴⁸ et la société, tout en établissant parfois des frontières⁴⁹, ont conservé la famille comme entité juridique initiale⁵⁰. Les échanges de paroles se

39. Cf. « Les écoutes microphoniques », *VI^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 33 à 35.

40. La commission des lois a réalisé un travail important avant la discussion du projet de loi de 1991.

41. Qu'il s'agisse des interceptions judiciaires ou des interceptions de sécurité.

42. International / régime transfrontalier / national.

43. L'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 12 décembre 1948 précise : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions. »

44. L'article 17 du 16 décembre 1966 :

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

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

45. « Chacun a droit au respect de sa vie privée. »

46. Arguments du pape Jean-Paul II et de la communauté catholique française contre l'adoption de loi sur le Pacte civil de solidarité. Octobre-novembre 1998.

47. La finalité de la création de la famille est la procréation. Les enfants doivent respecter leurs parents. Cf. « Tu honoreras ton père et ta mère » de la Bible et le statut des mineurs.

48. Les relations interpersonnelles en dehors du cercle de famille, du point de vue religieux, devaient être surveillées. Elles débouchent parfois sur le péché, l'illicéité en termes de choix.

49. La laïcité républicaine en France.

50. Fondée par le mariage.

tiennent surtout au sein de la famille. La correspondance, par voie de courrier ou de télécommunications, permet à la personne qui quitte, provisoirement ou définitivement, la famille, de rester en contact avec le cocon originel, de se confier à des oreilles attentives. La religion chrétienne a élargi quelque peu le cercle de la vie privée par l'attention portée à autrui. Avec la philosophie des lumières, l'individu, qui n'avait quasiment pas d'existence propre, se voit reconnu. Il a droit à une vie privée et à une vie familiale. Cette idéologie perdure. Le droit civil français reconnaît des droits et à la famille et à l'individu. Ce compromis permet la perpétuation d'institutions qui ont prouvé leur fiabilité⁵¹ et l'adaptation au monde contemporain, où l'individu est de plus en plus isolé et ne noue des contacts que dans sa vie scolaire/professionnelle ou sa vie privée.

La vie privée est de plus en plus valorisée avec le recul de la pratique religieuse et à la faveur de l'idéologie utilitariste qui accompagne la globalisation du marché.

La vie privée n'est cependant pas définie dans la loi de 1970. La jurisprudence fait apparaître, comme composantes de la vie privée, les opinions politiques, la dépouille mortelle d'une personne. Le droit pénal vise l'intimité de la vie privée, définie de façon restrictive par une partie de la doctrine (écrits de MM. Levasseur, Lindon, Bécourt) et de la jurisprudence (vie conjugale et sentimentale, en excluant parfois les aspects matériels de cette vie conjugale et sentimentale) ou de façon un peu plus extensive (vie familiale et certains événements de l'existence d'une personne). Le droit civil obéit à une finalité plus large, qui englobe les opinions politiques et religieuses, les éléments d'identification d'une personne, la santé, la vie professionnelle, dans des cas précis. Quant à l'intimité, elle implique, en droit civil, pour reprendre la classification de Mme Lolie⁵², d'ailleurs favorable à une conception relativement vaste tant sur le plan pénal que sur le plan civil, l'intimité personnelle (vie conjugale, sentimentale), l'intimité relationnelle, l'intimité corporelle.

La Convention européenne des droits de l'homme, à travers son article 8, donne une légitimité à la sphère privée. La CEDH, saisie par voie de requête individuelle⁵³ a eu l'occasion d'indiquer quels principes les États ratificateurs devaient suivre. Les lois des États-nations ont ensuite adapté la jurisprudence de la CEDH à la culture nationale. La vie privée est respectée, mais l'intérêt supérieur de l'État, pour des motifs précis, peut justifier le recours aux écoutes, aux interceptions téléphoniques. Cependant, si l'État ne prend pas soin d'indiquer selon quelles modalités les écoutes s'exécuteront, il se situe en marge de l'état de droit. Voilà pourquoi les différents États ont adopté des textes de lois⁵⁴. Ce travail législatif a également pour but de préciser ce qui est illicite. Des sanctions pénales sont prévues par tous les États-

51. Cf. héritage, transmission du patrimoine, état civil...

52. Isabelle LOLIES, *La Protection pénale de la vie privée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

53. Autorisée si cette faculté a fait l'objet d'une ratification particulière par les États signataires de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

54. On peut aisément procéder à une étude comparée de ces lois grâce aux rapports d'activité de la CNCIS. Cf. *I^{er} rapport d'activité de la CNCIS, 1991-1992*, La Documentation française, 1993 ; *II^e rapport d'activité de la CNCIS, 1993*, La Documentation française, 1994.

nations. La pénalité tend à dissuader tant les personnes privées que les autorités publiques de commettre des infractions, au regard du couple vie privée/sécurité.

Un degré de précision supplémentaire peut être atteint par l'exercice des pouvoirs conférés, dans l'interception de la loi, aux juridictions judiciaires⁵⁵ et aux autorités administratives indépendantes⁵⁶. Quand la loi revêt un caractère quelque peu imprécis, ou flou, la pratique le met vite en évidence⁵⁷.

Cependant, cet effort de législation rencontre ses limites dans les exigences contradictoires de protection de la vie privée et de la sécurité.

La vie privée interpelle aussi bien l'institution judiciaire que l'institution administrative. Sur le plan judiciaire, les écoutes légales et illégales sont nombreuses⁵⁸. Les procès donnant lieu à jugement concernent majoritairement⁵⁹ les écoutes légales. Si les droits de la défense sont respectés, il est permis de se demander si le recours des juges d'instruction à l'instrument de l'écoute est toujours en concordance avec la manifestation de la vérité, qui pourrait être trouvée par d'autres moyens. Le butoir des deux ans donne lieu à débat. Peut-être la loi renforçant les droits de la défense et la présomption d'innocence amènera-t-elle la doctrine à se poser de nouvelles questions sur la parfaite cohérence entre les écoutes téléphoniques et le souci de préserver les droits individuels.

Sur le plan administratif, les écoutes téléphoniques ne concernent que quelques milliers de personnes⁶⁰. Ces dernières n'en sont pas moins préoccupées quand elles n'ont pas commis d'infractions et quand leur motivation⁶¹ s'explique par l'adhésion supposée à des idéologies, à des convictions philosophiques, religieuses, politiques⁶².

Dans la lutte contre le terrorisme, des sympathisants de certaines causes, intellectuels, et non hommes ou femmes d'action, peuvent redouter d'être l'objet d'interceptions de sécurité. Or, la CEDH a clairement indiqué⁶³ que la liberté d'opinion s'appliquait, non seulement à ce qui est communément admis, mais aussi aux thèses marginales. Cette question concerne d'ailleurs plusieurs États européens, notamment quand des revendications autonomistes ou indépendantistes apparaissent⁶⁴. Si l'arrêt Malone est suivi, il ne peut être reproché par exemple, en Irlande, aux militants du Sinn Fein de prôner la réunification de la République irlandaise, qui a été empêchée par une partition datant de 1923 et qui correspond à un rapport de forces aujourd'hui dépassé. Les responsables de la Sécurité britannique pouvaient,

55. Les cours d'appels, la Cour de cassation, sont amenées à se prononcer. Cf. la jurisprudence a fait savoir, après saisine de la chambre d'accusation, quand un avocat pouvait faire l'objet d'une mesure d'interception, à son domicile ou à son bureau.

56. La CNCIS a affiné la compréhension de la loi de 1991.

57. Cf. chiffre mentionnés dans le chapitre 4.

58. En tenant compte des évaluations comparées entre écoutes légales / écoutes illégales.

59. V. H. BUREAU, « La Présomption d'innocence devant le juge civil. Cinq ans d'application de l'article 9.1 du code civil », *JCP*, Éd. G, 1998 I 166.

60. Cf. Contingent – Sources de France Télécom.

61. Motifs : terrorisme, délinquance ou criminalité organisée.

62. Arrêt Malone.

63. Il n'y a pas de liberté d'opinion, quand seules les opinions qui recueillent l'assentiment de la majorité de la population sont admises. En France, les délits d'opinion sont rares : cf. incitation à la haine raciale, au crime, révisionnisme.

64. Ulster en Irlande, Pays basque en Espagne.

quant à eux, soupçonner les adhérents du Sinn Fein d'être les complices d'activistes cherchant à faire triompher leurs thèses par la violence⁶⁵. Il y a ici opposition entre la sûreté de l'État et la liberté individuelle.

La finalité sécuritaire induit aussi des antagonismes. En ce qui concerne les droits de la défense, l'obligation de prévenir les bâtonniers en cas d'interceptions judiciaires sur une ligne dépendant du domicile ou du bureau d'un avocat, la possibilité pour le bâtonnier de saisir la chambre d'accusation⁶⁶ en cas de doute sur la régularité ou la légitimité de la procédure, peuvent être perçues de bonne foi par le juge d'instruction, comme une perte de temps⁶⁷.

Dans le domaine des écoutes de sécurité, les motivations ont été correctement précisées par la CNCIS. Néanmoins, le contingent, du point de vue du ministère de l'Intérieur et de la Défense, peut être considéré comme insuffisant⁶⁸. Pour les défenseurs des libertés individuelles, pour les zéloteurs de la protection de la vie privée, le quota peut au contraire être perçu comme trop élevé⁶⁹. Les compromis sont parfois difficiles à trouver et à faire évoluer.

À la fin du XX^e siècle, le secret défense est plus que jamais d'actualité. Il est un garant pour l'exécutif. Cependant, les points de vue en la matière⁷⁰ sont peu conciliables. Beaucoup de documents sont classés secret défense. Cette abondance peut paraître indispensable aux uns, contestable aux autres.

En matière d'écoutes de sécurité, comme dans d'autres domaines, le secret défense ne peut être levé que par le Premier ministre⁷¹. Le système peut fonctionner correctement tant que le chef du gouvernement fait preuve de la plus grande rigueur. La dérive la plus menue génère des abus qui resteront méconnus⁷². L'institution de la commission consultative du secret de la Défense nationale est un relais entre l'exécutif et les juges. Dans la mesure où cette autorité administrative est dépourvue de pouvoirs⁷³ et ne rend que des avis, les craintes des tenants de la sécurité et des libertés individuelles demeurent : l'exécutif peut être tenté de suivre les avis, même s'ils ne sont pas toujours opportuns⁷⁴ ; il peut, à l'inverse, ne pas en tenir compte. En ce cas, la commission n'est qu'un organisme à caractère technique. Le recours à la loi, s'il est nécessaire, n'est pas un rempart irréfragable contre les atteintes à la vie privée, aux libertés individuelles ou à la sécurité.

65. Non-dénonciation d'activités illégales.

66. Qui se prononcera sur la conformité au droit du mandat délivré par le juge d'instruction.

67. Quand le mandat n'est pas annulé.

68. Les services concernés sont tenus de se montrer sélectifs.

69. Il faut tenir compte des renouvellements, qui tendent à se multiplier.

70. Au-delà du discours sur :

- la nécessité de réconcilier la société civile défiante et une classe politique dirigeante ;
- le caractère indispensable du secret défense pour le maintien des intérêts supérieurs de l'État.

71. Responsable de l'administration.

72. Puisque les personnes détentrices du secret défense, même si elles procèdent à des enquêtes, comme l'a fait la CNCIS, ne peuvent exiger la levée du secret défense.

73. Son rôle de conseil est également très faible par comparaison avec celui qui a été attribué à la CNCIS. Cf. loi de juillet 1998.

74. Dans la plupart des cas, le Premier ministre passe rarement outre aux avis défavorables de la CNCIS.

Cette étude a aussi pour finalité d'examiner les rapports dialectiques entre les acteurs en matière d'interceptions téléphoniques dans les diverses branches du droit. En effet, les écoutes téléphoniques ne sont pas régies par une seule branche du droit. Sont mis à contribution, par l'étudiant ou le chercheur, le droit civil, le droit commercial, le droit du travail, le droit administratif, le droit pénal. Les logiques internes à ces différents rameaux s'entrecroisent, apportant des éclairages diversifiés et complémentaires aux thèmes abordés.

Le droit civil se penche sur la protection de la vie privée⁷⁵, sur les dispositions européennes et nationales en matière de traitement informatisé de données nominatives. La CNIL apparaît alors, avec ses nombreux avis et propositions, ses rapports circonstanciés. Droit civil et CNIL sont les défenseurs vigilants de toute personne écoutée.

Le droit commercial est utilisé par les industriels qui produisent de nombreux produits et des offres de service inédites. L'ouverture au public de services de télécommunications par satellites, par micro-ondes, ne pose pas de problèmes particuliers. Cependant, au regard d'un article du code des Postes et Télécommunications⁷⁶, les clauses types des cahiers des charges joints obligatoirement aux autorisations attribuées sur le fondement des articles L 33.1⁷⁷ et L 34.1⁷⁸ imposent aux opérateurs de mettre en place et d'assurer la mise en œuvre des moyens nécessaires à l'application de la loi du 10 juillet 1991 par les autorités habilitées en vertu de la loi.

Dans de nombreux États démocratiques, les pouvoirs publics exigent avant la diffusion d'un moyen de communication d'être en mesure d'intercepter les transmissions. En France, pendant longtemps, l'État⁷⁹ n'a pas eu cette exigence. Certains opérateurs de télécommunications, au nom de la protection du secret des affaires et du secret industriel, ont mis sur le marché des produits ou services inconnus avant que les pouvoirs publics n'en aient été informés : le délai suffisant pour permettre la préservation de la facilité d'interception n'était pas prévu. La CNCIS demande, en 1998, ce qui est paradoxal⁸⁰, que, dans la limite du contingent envisagé par la loi, la totalité des écoutes indispensables puisse être effectivement réalisée. L'insuffisante information destinée aux industriels et aux opérateurs peut générer des infractions. La CNCIS organise en 1997 et en 1998 des réunions avec les professionnels afin que chaque entrepreneur soit mis au courant de ses devoirs et de ses responsabilités⁸¹.

Par ailleurs, la concurrence, intégrée au droit du commerce, peut amener certaines officines privées⁸² à réaliser des écoutes illégales dans la crainte de perdre

75. Article 9 du code civil.

76. Article D 98.1 du code des P et T.

77. Article L 33.1 : les réseaux ouverts au public.

78. L 34.1 : les services téléphoniques ouverts au public. Ces articles sont devenus si familiers, non seulement aux juristes, mais aux praticiens des télécommunications, qu'ils se substituent souvent aux mots pour désigner réseaux et services.

79. Cf. *VI^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 38.

80. « La CNCIS se trouve dans la situation paradoxale... », *VI^e rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 58.

81. La CNCIS mentionne la tenue de ces opérations de rencontre et d'échange, *ibid.*, p. 58.

82. Spécialisées dans la surveillance et les enquêtes.

leurs clientèles, voire de disparaître : les deux acteurs principaux, écoutés et écoutants sont mis en cause par le droit commercial.

Le droit du travail correspond à une exception : il permet dans certains cas à l'employeur de faire procéder à des opérations d'interceptions téléphoniques, de comptage, à condition que les personnes susceptibles d'être écoutées en soient informées. Ce pouvoir concédé à l'employeur, dans la vie professionnelle⁸³ s'explique par la nature spécifique du contrat de travail.

Le droit public, constitutionnel et administratif, tient un rôle considérable dans l'approche des écoutants. La Constitution attribue au Premier ministre des pouvoirs qui expliquent sa fonction prééminente dans les interceptions de sécurité.

Le droit administratif, pour sa part, régit les autorités administratives et notamment la CNCIS, qui conseille le Premier ministre⁸⁴ et explicite certaines clauses légales⁸⁵. C'est le droit de la fonction publique qui organise le statut de la plupart des écoutants, agents de la police, de l'armée, qui, sur ordre, rassemblent des preuves, ou réalisent une politique de prévention par les interceptions de sécurité. Les fonctionnaires, dans le domaine des interceptions téléphoniques, bénéficient de l'anonymat.

Le droit pénal précise aux écoutés et aux écoutants quelles sanctions ils encourrent s'ils ne respectent pas la loi. Les écoutés, sur mandat du juge d'instruction⁸⁶ savent que les interceptions, s'ils ont commis des crimes ou des délits, peuvent constituer des preuves, des indices⁸⁷ susceptibles de concourir à leur condamnation à une amende ou à la prison⁸⁸.

Les écoutants savent qu'ils risquent des peines de prison si leur interception ne correspond pas aux conditions de licéité. Les écoutants clandestins sont rarement surpris. C'est la raison pour laquelle leur condamnation n'est pas fréquente ; les écoutes sauvages sont toujours évaluées à plusieurs dizaines de milliers⁸⁹, plusieurs années après l'adoption de la loi de 1991. La police, la gendarmerie, savent qu'elles n'ont pas le droit de procéder à des écoutes sans autorisation du juge d'instruction⁹⁰. Les écoutes légales cessent d'être légales quand les interceptions ne correspondent pas aux critères de la licéité. Dans le domaine des écoutes de sécurité, l'oubli du renouvellement de l'autorisation enlève tout caractère légal à l'opération effectuée⁹¹. Le droit pénal intervient aussi dans le secret professionnel, la protection des sources d'information, le secret défense. Les dispositions

83. L'immixtion dans la vie privée est toujours interdite.

84. La Constitution de 1958, révisée, consacre plusieurs articles aux prérogatives du chef de gouvernement, dans le cadre de l'organisation des pouvoirs publics.

85. La CNCIS émet des avis, élabore des propositions qui sont souvent suivies d'effet.

86. Les écoutes réalisées à l'occasion d'enquêtes préliminaires ou de flagrance sont prohibées.

87. En droit pénal, tous les modes pour recueillir des preuves sont admis, à condition d'être licites.

88. Avec ou sans sursis.

89. Cf. *VI^e rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998.

90. En fait, si leurs agissements sont connus, les procédures sont annulées par la chambre d'accusations (cour d'appel) sur saisine du juge d'instruction.

91. Le non-renouvellement n'était pas toujours aisé à déceler aux débuts de l'applicabilité de la loi. La CNCIS (cf. chapitre 4) lutte énergiquement contre ces dérives.

prévues dans l'atteinte au secret-défense par voie d'écoutes illicites sont assez lourdes⁹².

Les relations entre écoutés/écouteurs divergent selon que les écoutes sont judiciaires ou de sécurité.

Dans le secteur des interceptions judiciaires, sauf si les écoutes s'avèrent vaines, leur transcription sera versée au dossier⁹³. Le fruit des écoutes est intégré à l'information. Les écoutés ne restent pas dans l'ignorance. Malgré la présomption d'innocence, qui perdure jusqu'à l'instance, les écoutes peuvent constituer des preuves troublantes. L'avocat a pour mission d'examiner si toutes les modalités prévues par la loi ont été respectées. Il peut demander une comparaison de la transcription et de l'enregistrement. L'écoute a un caractère tangible ; elle peut accabler, mais aussi être contestée. L'écoute est un instrument à la disposition du juge d'instruction. Cette fonction est bien comprise par les écoutants et par les écoutés.

Dans le domaine des écoutes de sécurité, ce sont les écoutants/écouteurs qui sont au-devant de la scène. Les écoutés sont des cibles⁹⁴ mais ils demeurent invisibles au spectateur. Le tissu relationnel juridique s'intéresse exclusivement aux différentes personnes qui participent, directement ou indirectement, à l'interception téléphonique.

Les services du Premier ministre sont toujours en discussion avec les services des ministères de la Défense, de l'Intérieur, du Budget. Il convient de déterminer si les exigences des services de renseignements ou de protection sont excessives ou non⁹⁵. Les ministres de l'Intérieur, de la Défense, du Budget, constituent un premier filtre. C'est le Premier ministre qui est responsable de la prise de décision finale et de ses effets, bénéfiques ou non⁹⁶. La CNCIS entretient des rapports continus avec les services du Premier ministre, qui portent la marque de la diplomatie : il convient de se montrer déférent à l'égard du chef du gouvernement, mais aussi de se montrer exhaustif et précis dans ses avis. Les chefs de gouvernement successifs ont pris en considération les deux présidents qu'a connus la CNCIS et les avis de la CNCIS⁹⁷.

Enfin, le président et les membres de la CNCIS accèdent sans contraintes au GIC (Groupement interministériel de contrôle) et aux organismes habilités à réaliser des interceptions. Les contrôles sur site sont assez dissuasifs. La CNCIS aide le Premier ministre à faire un bon usage des écoutes de sécurité, conforme à la loi. Elle relève les défauts d'exécution et propose des solutions pour porter remède quand des problèmes surgissent.

92. Les affaires demeurent secrètes et ne sont pas portées à la connaissance du public, en raison de la non levée du secret défense.

93. Cette transcription est connue de la personne mise en examen et de son avocat.

94. Dans le cadre de la prévention, ils deviennent des cibles si leurs faits et gestes sont en conformité avec les seuls motifs qui justifient le recours aux écoutes de sécurité. Les « écoutés » sont souvent insatisfaits ne de pas acquérir de certitude quant à l'existence de l'interception. Cf. chapitre 5.

95. En fonction du contingent arrêté par l'exécutif.

96. Cf. affaire Schuller / Maréchal, chapitre 4.

97. Il est rare que le Premier ministre passe outre à un avis défavorable de la CNCIS. Ses services examinent avec attention les propositions, qui sont souvent adoptées dans la mesure où elles semblent pertinentes, et si elles sont présentées avec précision, fermeté et circonspection.

Écoutés et écoutants tiennent compte des sources du droit international et national. Ce sont les écoutés qui accèdent à la CEDH⁹⁸, rattachée au Conseil de l'Europe. Ils ont amené la CEDH à établir des normes que les États ratificateurs de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme appliquent⁹⁹. La CEDH protège la vie privée et les libertés individuelles, mais elle est attentive aux points de vue des pouvoirs publics. L'intérêt supérieur de l'État est reconnu. Cet intérêt public doit être suffisamment précis et déterminé pour être convaincant et entraîner l'adhésion des juges. En fait, la CEDH, sans être un arbitre, fixe les règles qui s'appliquent aux écoutés et aux écoutants, malgré leurs intérêts divergents.

Au niveau national, la pratique diffère selon que les États ont ratifié ou non la Convention européenne des droits de l'homme. En cas de non-ratification¹⁰⁰, les États-nations restent fidèles à leur culture. En cas de ratification, les pouvoirs publics se plient aux normes établies par la CEDH. La curiosité à l'égard du « voisin » également soumis aux décisions de la CEDH est évidente. La France, en particulier, est en état de veille permanent à l'égard des initiatives prises par des États européens. Elle ne renonce pas à ses propres valeurs¹⁰¹, mais est toute prête à retenir des solutions appropriées, pour des questions irrésolues ou insuffisamment résolues¹⁰².

Le rapport entre les acteurs est dynamique, évolutif : il s'insère dans l'expansion des technologies des télécommunications, de l'informatique, du multimédia. Les techniques sont si vite obsolètes qu'elles sont rapidement dépassées, ce que les écoutants sont obligés de prendre en compte. Le prochain défi en matière de téléphonie est le satellite¹⁰³. Les techniques s'intègrent dans une économie globalisée. Le marché est le premier régulateur. La sécurité de l'État enregistre l'ouverture des frontières, la notion de la nation la plus favorisée¹⁰⁴, les protocoles OMC annexés à l'accord général sur les services. Le jeu du marché ne signifie pas la disparition du régime des écoutes légales. Un État a toujours besoin de se défendre ; les interceptions sont un procédé qui a prouvé sa fiabilité. Il est en revanche peu probable que les écoutés et les écoutants restent les seuls acteurs principaux. D'autres personnes aspirent à se faire entendre¹⁰⁵, à jouer un rôle dans la pièce intitulée « Les écoutes téléphoniques ». Les opérateurs, les constructeurs de matériels, les industriels dont la mention a déjà été faite, sont appelés à s'inclure dans le rapport de force. Ils disposent de moyens pour influencer les autori-

98. Par la requête individuelle.

99. Tous les États de l'Union européenne et de nombreux autres États européens ont ratifié la Convention.

100. Ainsi les États-Unis, n'appartenant pas au continent européen, appliquent leurs propres principes.

101. Le droit des interceptions s'insère dans la culture juridique française.

102. Pour les écoutes microphoniques, cf. études de droit comparé dans les rapports annuels de la CNCIS de 1991 à 1998, La Documentation française, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999.

103. Le satellite intéresse l'audiovisuel et les télécommunications.

104. Absence de protectionnisme entre États qui acceptent de se soumettre au régime de liberté. Cf. accord GATS de 1994.

105. C'est déjà le cas aux États-Unis où les industriels influencent la législation en matière d'interceptions.

tés publics ; ces dernières, par le recours à la réglementation, peuvent réguler un secteur qui prend de plus en plus d'importance.

Les écoutes téléphoniques ont un avenir devant elles ; les concepts sont appelés à se moduler. Écoutés et écoutants continueront à jouer leur rôle, selon un rythme, des normes qui s'adapteront à l'environnement.

Pour explorer ces relations juridiques complexes, deux plans sont envisageables : le premier privilégie la distinction traditionnelle entre les écoutes judiciaires et les écoutes de sécurité. Il n'a pas été retenu, dans la mesure où il marginalise les autres formes d'écoutes, en particulier les écoutes microphoniques, professionnelles, sauvages.

Le second plan, diachronique, a établi une césure en 1991. Avant 1991, la France pratiquait les interceptions dans le vide législatif. La loi de 1991 a posé les règles fondamentales dans le domaine des écoutes judiciaires, de sécurité, en matière de contrôle. Après 1991, la situation technologique et juridique a évolué. Cette étude a opté pour le second plan. Elle envisage, dans chaque étape, le rapport ambivalent entre l'ordre public et les libertés individuelles. L'ordre public est constitué par l'ensemble des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité, soit « l'ensemble des règles impératives régissant l'organisation politique, économique et sociale d'un État et les droits fondamentaux des citoyens¹⁰⁶ ».

Les libertés individuelles privilégient le respect de la vie privée. Est-il possible de parvenir à un équilibre, même relatif, entre ces deux objets ? Si la volonté existe, les ambiguïtés demeurent. Un compromis est-il possible ? L'appréciation est mitigée. La pièce et les acteurs sont prêts. Le jeu, très dynamique, laisse des places vides pour les variables et les aléas qui donneront un nouvel éclairage à une mise en scène répétée : respect de la vie privée, conversations téléphoniques, dérogations licites par la voie des écoutes judiciaires et des écoutes de sécurité.

106. M. FONTAINE, R. CAVALERIE et J.-A. HASSENFORDER, *Dictionnaire de droit*, Foucher, 1998.

Première partie

**UN COMPROMIS DIFFICILE
ENTRE ORDRE PUBLIC
ET LIBERTÉS INDIVIDUELLES :
LICÉITÉ ET LÉGALITÉ**

Les interceptions téléphoniques ont été souvent pratiquées en marge de la loi. C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui fixe les règles auxquelles se plient les États européens en conformité avec l'idéal démocratique du Conseil de l'Europe.

La loi de 1991 et ses textes d'application qui permettent à la France de se conformer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est une tentative d'équilibre entre la nécessité de l'ordre public, reconnue par la CEDH, et la protection de la vie privée. Elle ne prend pas en compte les écoutes dites « sauvages », même si elles sont évoquées lors des débats parlementaires, et les écoutes microphoniques. L'équilibre correspond à un compromis laborieux dans les domaines des écoutes judiciaires, des écoutes de sécurité et de la création d'un organisme de contrôle.

Dans la tension constante qui correspond à la recherche de l'équilibre, l'ordre public semble quelque peu prioritaire sur la protection des libertés individuelles. Des nuances seront cependant apportées en fonction des sujets abordés.

Chapitre premier

Les interceptions téléphoniques : historicité et culture juridique

Malgré la diversité de culture des États-nations, les écoutes téléphoniques se sont multipliées au cours des cinquante dernières années dans le domaine judiciaire, sur autorisation, en France, du juge d'instruction¹, et dans le secteur administratif, à l'initiative des autorités publiques, l'instruction de Michel Debré ne constituant pas une véritable source du droit. Les différents pays ont été confrontés à des dysfonctionnements juridiques et politiques. Les nations qui avaient adhéré au Conseil de l'Europe, à son idéal démocratique, qui avaient ratifié la Déclaration européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ont pris en compte les arrêts de la CEDH qui exigeaient l'adoption d'une loi pour déterminer les principales règles en matière d'interceptions. Des efforts ont été accomplis. Des lois ont été adoptées à l'étranger et en Europe à différentes étapes de l'espace temps.

Une réflexion sur le contrôle s'élabore. L'équilibre entre ordre public et protection de la vie privée s'institue en fonction de l'histoire juridique. La jurisprudence, la doctrine, la pratique, le confirment.

Les interceptions de communications téléphoniques illicites ont été longtemps qualifiées d'attentat à la Constitution² française. Le code pénal actuel a abrogé cette disposition³.

Pendant des décennies, la frontière entre la licéité et l'illicéité a été floue en matière d'interceptions de communications, alors même, que, pour des motifs d'ordre public, le recours aux écoutes était fréquent.

Un quasi-*vide* juridique est notable dans le domaine des écoutes de sécurité. Les interceptions dans le domaine judiciaire ne trouvent un fondement que si elles peuvent constituer des preuves en matière de crimes et de délits. Les interceptions participent alors du domaine public de la justice⁴. Encore faut-il que les dites sources

1. Source jurisprudentielle.

2. Article 114 de l'ancien code pénal.

3. À cet égard, arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1997, « Ménage et autres ».

4. Service public de la justice. L'administration de la justice s'exerce sur la base du principe d'égalité. L'ordre judiciaire est l'autorité judiciaire instituée par la séparation des pouvoirs (cf. article 64 de la Constitution de 1958).

soient licites, puisque les preuves en droit sont recevables sous condition de licéité. La problématique s'est constituée dans la détermination de la licéité des interceptions judiciaires, jugée par divers tribunaux correctionnels, cours d'appel, voire par la Cour de cassation.

SECTION UN LICÉITÉ ET CHAMP D'APPLICATION DES INTERCEPTIONS JUDICIAIRES

L'autorité judiciaire ne possède pas de légitimité électorale basée sur le principe électif. Sa légitimité est donc fondée sur la loi, y compris constitutionnelle, et sur le respect des règles de procédure⁵. Or, il y eut longtemps absence de référence légale dans le domaine.

§ I - L'ABSENCE DE RÉFÉRENCE LÉGALE

La jurisprudence, source du droit, s'est « substituée » à la loi, parce que cela correspondait, sociologiquement, à un besoin des acteurs économiques et politiques. Il n'est donc pas excessif d'évoquer un silence légal, qui s'est confirmé au XIX^e siècle et dans la première partie du XX^e siècle. La répétitivité de la pratique jurisprudentielle depuis 1889⁶ est notable.

I - LA LICÉITÉ SELON LES JUGES

A - L'œuvre jurisprudentielle jusqu'à l'arrêt Tournet

En droit, l'œuvre est un ouvrage, c'est-à-dire un bâtiment, une étude, une activité intellectuelle ou manuelle⁷.

5. Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 6^e éd., Cujas, 1988.

6. Cour de cassation, Cons. sup magistrature, 31 janvier 1888, s 1889, 1.24.1 (Affaire des décorations). Michel ALBARÈDE, « Le régime juridique des écoutes téléphoniques », *Gazette du Palais*, 4 janvier 1991.

7. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri-Capitant, PUF, 1987, p. 538.

1. Écoutes téléphoniques et subterfuges

Les écoutes téléphoniques ne doivent pas correspondre à des subterfuges.

Dans un arrêt de 1952⁸, la Chambre criminelle a annulé un arrêt qui se fondait partiellement sur un procès-verbal de police dressé sur commission rogatoire, relatant des propos tenus par téléphone. La Cour de cassation a annulé une opération « qui a eu pour but et pour résultat d'é luder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne saurait méconnaître sans compromettre la défense ». M. Pierre Chambon admet que, dans cette affaire, il y a eu provocation, et qu'un guet-apens est à l'origine du procès-verbal.

En 1955⁹, la Cour de cassation juge que l'interception sur commission rogatoire du juge d'instruction par surprise et sans provocation « a été exécutée hors des règles de la procédure pénale ».

En 1960, Alfred Mandet, soupçonné de proxénétisme, reproche au juge d'instruction d'avoir violé les droits de la défense en le faisant mettre sur écoute entre le 27 mars et le 8 avril 1959, alors qu'il n'était pas inculqué. Le tribunal correctionnel indique que le procédé de l'écoute téléphonique, utilisé par un juge d'instruction au cours d'une information, est analogue dans son principe à la saisie de correspondance. Les droits de la défense auraient été violés si l'écoute téléphonique avait été organisée après inculpation, ce qui aurait permis de surprendre des conversations échangées entre l'inculpé et son défenseur. Lorsque l'écoute a lieu avant l'inculpation, sans provocation ou guet-apens, elle est conforme au droit.

Cette analyse est confirmée par la Cour de cassation. L'écoute téléphonique ne peut être envisagée après inculpation. Dans la mesure où le juge d'instruction a fait établir des tables d'écoute avant l'inculpation, la demande et l'annulation de la commission rogatoire ordonnant l'écoute téléphonique ne sont pas fondées en droit. Cette décision est contestée par la doctrine et notamment par M. Pierre Chambon. Ce dernier fait valoir que l'enregistrement des propos à l'insu de l'intéressé est une ruse et est une preuve illicite.

La doctrine condamne l'emploi par le juge d'instruction de tout artifice. Ce dernier est aussi réfuté par MM. Garraud, Lambert, Blandet. Dans un article de 1958¹⁰, M. Blandet rappelle « qu'il est de principe que toute déloyauté est rigoureusement interdite au magistrat instructeur » ; tout procédé qui tend à surprendre une conversation téléphonique est une illégalité.

Quant à M. Pierre Chambon, il souligne que, dès l'ouverture de l'information, le procédé de l'écoute téléphonique ne saurait être utilisé par un juge d'instruction : il constitue en soi un artifice.

Néanmoins, avant l'instruction, les impératifs moraux sont différents¹¹ : l'absence de formalisme caractérise à ce stade l'action de la police. Il n'est pas fait

8. Cassation. Arrêt du 12 juin 1952, *JCP*, 1952 II 7241 note Bouchot, *S* 1954, I 69, note Legal.

9. Cassation, 18 mars 1955. *JCP*, 1955 II 8909, note Esmein ; *D.*, 1955, 573 note Savatier.

10. Arrêt du 18 mars 1958, *Bull. crim.*, n° 163, p. 24, « Ruses et artifices de la police », *JCP*, 1958 I 1419.

11. Commentaire de l'arrêt Mandet par Pierre Chambon, *JCP*, 1960 II 11599.

mention de l'éthique du juge d'instruction. Dans l'affaire Mandet, l'écoute s'est produite après ouverture de l'information, avant le début de l'inculpation.

Les règles de procédure doivent être respectées, comme le mentionnent les arrêts de la Cour de cassation, notamment l'aspect contradictoire des débats, les droits de la défense.

2. L'illicéité des écoutes prescrites par le Procureur

Des doutes apparaissent, du point de vue jurisprudentiel, sur la licéité d'écoutes prescrites par le procureur de la République, en cas de flagrance.

Les écoutes pratiquées à l'occasion d'enquêtes préliminaires de police posent également problème. L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 février 1958¹² semble justifier cette pratique. Dans cette affaire, un témoin a confirmé ses dires, après que ses premières déclarations eurent fait l'objet d'un enregistrement sur bande magnétique. L'enregistrement avait été réalisé avant l'ouverture de l'information. L'opération n'éluait pas les dispositions légales et les règles générales de procédure.

Un arrêt du 28 mars 1960 rendu par la Cour d'appel de Paris manifeste des réticences à l'égard de toutes informations obtenues par les écoutes téléphoniques, en dehors du stade de l'instruction¹³.

3. L'arrêt Tournet

Cet arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 9 octobre 1980 constitue un tournant¹⁴.

Henri Tournet, inculqué depuis le 12 juin 1979, a été ensuite placé sur écoute. L'authenticité des enregistrements et des documents se rapportant à ces écoutes n'est pas contestée. Le procédé n'est pas déloyal. L'article 81 alinéa 1 de l'ancien code de procédure pénale habilite le juge d'instruction à procéder aux actes d'informations utiles à la manifestation de la vérité à condition de ne pas recourir aux artifices et stratégies¹⁵.

MM. Pradel et Di Marino commentent tous deux cet arrêt. Ils soulignent l'importance de cette jurisprudence, qui confirme qu'un inculqué peut faire l'objet d'écoutes téléphoniques.

M. Pradel représente la doctrine dominante. Il procède à une analyse systématique des questions posées par les écoutes. L'article 81 du code de procédure pénale permet les écoutes, selon la Cour de cassation, « conformément à la loi ». La loi n'autorise pas ce procédé. Faut-il en interdire l'utilisation ? M. Pradel répond par la négative : la jurisprudence a toujours admis qu'un juge d'instruction pro-

12. CA crim. arrêt du 18 février 1958 *Bull. crim.*, n° 163, p. 274.

13. *Gaz. Pal.*, 1960, 2253.

14. Cour crim. 9 octobre 1980, *Bull.* n° 255, Dalloz, 1981, p. 332, note Pradel. *JCP*, 191 II 19578, note Di Marino.

15. Crim. 10 août 1983, *Bull. crim.*, n° 236.

cède à d'autres actes que ceux énumérés par la loi (cf. les confrontations entre témoins, les reconstitutions). La doctrine n'exige pas d'énumération exhaustive des actes d'instruction¹⁶. Lors de travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1970 sur les atteintes à la vie privée, le législateur avait rejeté des amendements interdisant les écoutes téléphoniques au domicile.

M. Pradel propose deux autres arguments en faveur de la licéité des écoutes téléphoniques : elles sont assimilables à des correspondances postales. L'instruction sur le service téléphonique de 1958 donnerait une légitimité à l'interception¹⁷.

L'écoute téléphonique reste cependant dangereuse. Elle ne doit pas être admise en cas de stratagème. La confidentialité des communications entre inculpés et conseils sera respectée. Les témoins peuvent être écoutés en cours d'instruction. L'article 81 autoriserait cette solution. Quand l'information est ouverte, les enregistrements sont licites.

Avant l'ouverture de l'information, la police judiciaire ne peut procéder à une écoute, un doute demeure sur la licéité d'écoutes ordonnées par le Parquet. Si un policier qui procède à une écoute téléphonique découvre une autre infraction au stade de l'enquête, il procède à toutes les investigations nécessaires. Si l'écoute est effectuée conformément à une commission rogatoire, le juge est avisé : un réquisitoire supplétif est délivré, une autre information est ouverte.

M. Pradel conclut en souhaitant l'adoption d'une loi qui préciserait les modalités et procédures d'interception téléphonique. La référence allemande peut servir de modèle.

M. Di Marino (doctrine minoritaire) procède aussi à une analyse de l'arrêt Tournet. Les juges du fond avaient admis la régularité des interceptions téléphoniques avec l'accord, depuis 1978, du garde des Sceaux¹⁸. D'après M. Di Marino, le recours aux interceptions de communications téléphoniques est fréquent. M. Di Marino rappelle aussi les dispositions du code de procédure pénale, l'adoption de la loi du 17 juillet 1970 qui a créé, en droit interne, le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée, et la ratification par la France, en 1973, de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹.

Les écoutes téléphoniques peuvent être considérées comme des actes d'instruction, si elles sont assimilées à un interrogatoire, à une audition de témoins, à une saisie de correspondance. L'interrogatoire « est un mode d'instruction d'une affaire par voie de questions posées aux inculpés par un magistrat désigné à cet

16. E. LEVASSEUR, A. CHAVANNE, J. MONTREUIL et B. BOULOC, *Droit pénal et procédure pénale*, Sirey, 1999.

17. Cet argument peut être contesté, car une instruction n'est pas une source du droit. Selon l'article 24 du chapitre IV de l'instruction sur le service téléphonique, « les chefs de bureau central, et les receveurs ou gérants, sont tenus de déférer à toute réquisition du juge d'instruction ayant pour objet l'écoute de communications originaires ou à destination d'un poste téléphonique déterminé ».

18. Réponse du garde des Sceaux à la question écrite de Paul Balmigère, n° 3169 du 16 juin 1978. *JO* du 29 juillet 1978.

19. Loi n° 73.1227, 31 décembre 1973, *JCP*, 1974 III 412021 – décret n° 74360, 3 mars 1974, *JCP*, 1974 III 141641.

effet²⁰ ». Dans ce cadre, l'inculpé peut « mesurer la portée de ses paroles », occulter ce qu'il ne souhaite pas révéler, taire ce qu'il ne veut pas dire. Le juge d'instruction ne se cache pas, alors que, à l'occasion des écoutes téléphoniques, la dissimulation seule rend possible la fiabilité du procédé. Une écoute n'est donc pas un interrogatoire.

Le témoin fait en général preuve de rigueur. Les déclarations faites peuvent accabler ou innocenter une personne. Lors d'une interception téléphonique, l'auto-contrôle ne s'exerce plus. « Qui pourrait garantir l'orthodoxie absolue de chacune des paroles que nous pouvons exprimer en confiance ou par imprudence dans un moment de détente, d'oubli, ou même d'ironie, de paradoxe ou d'humour à froid²¹ ? » Le formalisme qui caractérise l'audition de témoins est inexistant. L'écoute téléphonique n'est pas assimilable à une audition de témoins.

La doctrine et la jurisprudence qui se prononcent en faveur de la légalité des écoutes téléphoniques assimilent les interceptions de télécommunications à la saisie de correspondance. La Cour de cassation, à l'occasion de l'arrêt Tournet, n'a fait aucune allusion à cette théorie. Cependant, à l'occasion de l'arrêt Klass, la Cour a estimé que les conversations téléphoniques étaient comprises dans les notions de vie privée et de correspondance.

M. Di Marino se penche sur les moyens de la saisie. Au téléphone, le support matériel est la bande magnétique et/ou le procès-verbal de transcription. Le magistrat place sous scellés une pièce dont il est l'artisan. Il s'agit d'une autosaisie. Par ailleurs, rien n'est plus facile que de porter atteinte à l'intégrité d'un enregistrement. Ce dernier ne présente pas les mêmes garanties qu'un document écrit.

Il convient aussi de déterminer si la saisie s'opère au domicile de l'inculpé ou sur le lieu de réception. Ce dernier ne pose pas de problèmes particuliers, mais il y a, selon M. Di Marino, « choix purement arbitraire » du juge d'instruction. L'interception téléphonique n'est donc pas une saisie de correspondance. Elle est un acte d'instruction innommé.

Il faut alors déterminer si cet acte d'instruction innommé est conforme au droit interne, au droit communautaire, aux principes généraux du droit. L'article 368.1 du code pénal alors en vigueur sanctionne « quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie d'autrui, en écoutant, en enregistrant, ou en transmettant au moyen d'un appareil quelconque, des paroles énoncées dans un lieu privé par une personne sans le consentement de celle-ci ». Ce texte peut s'appliquer au juge d'instruction.

La doctrine dominante soutient que le juge d'instruction bénéficie d'un fait justificatif²² : l'article 81 alinéa 1 du code de procédure pénale donne au juge d'instruction le pouvoir de procéder à tous les actes d'information nécessaires à la manifestation de la vérité ; la référence aux travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1970 est également fréquente²³.

20. Crim. 2 mars 1972, *Bull. crim.*, n° 82, p. 198 ; *Gaz. Pal.*, 1972, 1, 318.

21. Paris, 1^{re} ch., 29 janvier 1980, D 1980 IR 131.

22. A. CHAVANNE, « La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970 », *Revue de sciences criminelles*, 1971, p. 614 ; L. LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial, supplément mis à jour*, 1971, p. 45 ; R. LINDON, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *D.*, 1971 - 111 n° 20.

23. Cf. Jean PRADEL, note 14.

Ces arguments n'emportent pas la conviction de M. Di Marino. Les pouvoirs de l'article 81 sont subordonnés à la conformité à la loi. Cette dernière n'existe pas : l'article 368.1 n'envisage aucune exception ; certes, dans des arrêts de 1974, la Cour de cassation n'a pas appliqué l'article 368 mais, en l'occurrence, il n'était pas envisagé d'écouter des conversations téléphoniques, mais de détecter l'origine légale.

En droit européen, selon l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, la licéité de l'intervention de l'autorité publique doit être précisée par la loi, et constituer une mesure nécessaire à la sécurité nationale.

La Cour de cassation aurait dû tenir compte de l'interprétation de l'arrêt *Klass*, même si la France n'a pas rapidement accepté la compétence de la CEDH en matière de requêtes individuelles²⁴. L'article 81 ne comporte aucune des conditions assurant la validité d'une loi autorisant des interceptions téléphoniques.

Enfin, Henri Tournet étant inculpé, l'arrêt de la Cour de cassation met en cause les principes fondamentaux du droit français, notamment la loyauté dans la recherche de la preuve, le respect des droits de la défense.

La loyauté des écoutes téléphoniques a été reconnue par la Cour de cassation, alors que la jurisprudence et la doctrine ont longtemps soutenu qu'il était inconcevable d'écouter un inculpé.

M. Di Marino se situe dans cette ligne. L'écoute est déloyale en elle-même : elle constitue un viol de la conscience. Si l'écoute est admise, il serait logique d'accepter comme mode de preuve l'interrogatoire sous hypnose. L'arbitraire est à craindre.

M. Di Marino continue également à penser que l'écoute d'un inculpé est particulièrement grave. La loi du 17 juillet 1970 et surtout les travaux préparatoires sont à l'origine d'une évolution des idées et des mentalités qui est néfaste aux droits de la défense, et peu rationnelle. Une inexactitude ne trouve pas de légitimité dans sa redite²⁵. L'inculpé est protégé par un avocat, mais des écoutes pourraient permettre l'interception d'une conversation entre l'inculpé et son avocat²⁶.

M. Di Marino, à l'instar de M. Pradel, appelle de ses vœux une loi qui préciserait les motifs d'interceptions téléphoniques. Il indique que la loi ne devrait admettre les écoutes que dans des cas limitativement énumérés, et avant les inculpations. Les écoutes doivent être exceptionnelles, contrairement à ce qui se passe aux États-Unis²⁷.

La doctrine est unanime sur un seul point : le caractère indispensable d'une loi. Elle est partagée sur la légalité de l'écoute téléphonique. MM. G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, L. Lambert, J. Pradel, se prononcent pour la légalité de l'écoute téléphonique et une loi relativement permissive pour les besoins de l'information. Sont en revanche beaucoup plus réservés, MM. Pierre Chambon, R. Merle et A. Vitu²⁸, René Gassin²⁹ ; M. Di Marino a développé ses thèses à

24. Karel VASAK, « La Convention européenne des droits de l'homme », *Droit international public*, n° 482, 1964, p. 248 et suiv. ; H. THÉRY, J. CAMBACAU, S. SUR et C. VALLÉE, *Droit international public*, 1979, p. 453.

25. « Il est des choses inexactes qui, à force d'être dites et redites, finissent par s'imposer comme vraies. » Commentaires de Gaetan Di Marino sur l'arrêt Tournet, *JCP*, 191 II 19578.

26. C.A. de Lyon, Pellegrin, 28 novembre 1978.

27. A. Borovoy, cité in *Liaison Canada*, juillet-août 1980, vol. 6.

28. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t.2.3°, éd. 1979, p. 170.

29. R. GASSIN, « Vie privée », *rev. de droit pénal*, n° 101.

diverses occasions³⁰. Les doctrinaires rejettent tous les stratagèmes³¹. Les oppositions d'idées n'en sont pas moins nombreuses.

B - De l'arrêt Tournet à l'arrêt Baribeau

1. Constitutionnalité et écoutes téléphoniques

L'inviolabilité du domicile est un principe constitutionnel, affirme un arrêt du Conseil constitutionnel du 29 décembre 1983³². Or, le secret de la correspondance est un aspect de la liberté individuelle, au même titre que l'inviolabilité du domicile, puisque l'article 66 de la Constitution confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous ses divers aspects. La jurisprudence constitutionnelle l'emporte sur toute autre forme de jurisprudence puisqu'elle contrôle la conformité des sources du droit interne français à la loi constitutionnelle. C'est ainsi que les écoutes téléphoniques purent être qualifiées d'attentat à la Constitution.

La « surveillance téléphonique » a été acceptée par la jurisprudence judiciaire. « La surveillance en matière de télécommunications a pour but, non pas d'intercepter des communications téléphoniques, mais de déterminer l'origine des appels et d'en identifier l'auteur. Elle est admise en cas de flagrance et au stade de l'enquête préliminaire³³. »

2. L'affaire Baribeau (ou Derrien)³⁴

Cette affaire est intéressante dans la mesure où elle cherche à concilier la jurisprudence antérieure avec les prochains arrêts de la CEDH par la prise en compte des travaux de la Commission des droits de l'homme.

La Cour de cassation se prononce clairement sur l'illicéité et l'illégalité des écoutes téléphoniques au stade des enquêtes. Un certain Baribeau aurait participé à un trafic de drogue et serait entré en relation avec son client S. Les services de police, pour rassembler des « preuves » contre Baribeau, ont demandé à S. de prendre un rendez-vous téléphonique avec Baribeau, afin de faire livrer la marchandise. L'entretien fut enregistré, ce qui convainquit la police de procéder à l'interpellation de Baribeau. Ce dernier a contesté la validité de la « preuve » constituée

30. Rapport Di Marino, « Le statut des écoutes et enregistrements clandestins ou écoutes pénales ». VIII^e congrès de l'association française de droit pénal, Grenoble, 1985.

31. Les stratagèmes sont illicites. Cf. Cour de cassation, Imbert, 12 juin 1952. Un commissaire de police avait fait appeler Imbert, soupçonné de corruption de fonctionnaire et de concussion, pour lui proposer une somme d'argent en rétribution de ses services. La chambre criminelle casse l'arrêt condamnant Imbert : il y avait eu provocation policière.

32. Décision n° 83 134 DC, *JO*, 30 décembre 1983 – CI CI, 29 décembre 1983.

33. Cette jurisprudence a été illustrée par deux arrêts du 17 juillet 1984.

34. Cour de cassation. Assemblée plénière, 24 novembre 1989. D., 1990, *Gaz. Pal.*, 16 février 1990, note J.-P. Doucet.

par l'écoute téléphonique provoquée. La Cour d'appel se refusa à prononcer la nullité du procès-verbal : elle souligna que les services de police n'avaient pas employé un procédé technique de captation et de conservation de tous les échanges téléphoniques à partir du poste téléphonique. La Cour de cassation tranche : le procédé est illégal : il viole l'article 66 de la Constitution (droit constitutionnel), les articles 81 et 151 du code de procédure pénale. L'interpellation de Baribeau a été rendue possible par l'état de flagrance, qui n'est apparue qu'à la suite de l'écoute téléphonique. L'éventuelle culpabilité de l'un des correspondants ne peut justifier l'interception d'une conversation téléphonique au stade d'une enquête.

L'avocat général³⁵, dans ses conclusions, et la Cour de cassation invoquent aussi l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ils rappellent les rapports du 14 décembre 1988 (affaires *Kruslin* et époux *Huvig*). M. E. Robert anticipe sur une condamnation et émet un point de vue critique. Une condamnation aboutirait à « remettre en cause, non seulement la légalité de la saisie de toute correspondance écrite, mais aussi celle de l'interception des communications téléphoniques, et par conséquent [à] rendre les recherches inefficaces ou plus difficiles, sans évoquer les nullités des procédures en cours, en matière, notamment, de trafic de stupéfiants, proxénétisme, faux monnayage, associations de malfaiteurs, voire même en matière d'infractions à la sûreté de l'État ou de terrorisme ».

II - LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, L'ILLÉGALITÉ OU LE DÉFAUT DE SUPPORT LÉGAL DES ÉCOUTES JUDICIAIRES FRANÇAISES

La Cour européenne des droits de l'homme précise les intentions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Sa jurisprudence l'emporte évidemment sur les jurisprudences de droit interne. Les normes internationales sont de même supérieures aux normes européennes ou nationales.

A - La remise en cause de la jurisprudence française par la CEDH³⁶

1. Les arrêts *Kruslin*, *Huvig*, *Sunday Times*

Plusieurs affaires, *Kruslin*³⁷, époux *Huvig*³⁸ et *Sunday Times*³⁹ vont jouer un rôle éminent dans la condamnation des écoutes judiciaires françaises.

35. Émile Robert.

36. La CEDH est habilitée à trancher les différends afférents à l'applicabilité de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. R. MERLE, « La Convention européenne des droits de l'homme », D., 1981, Chron. 2275 ; P. ESTAMP, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français », *Gaz. Pal.*, 1990, 1 doct 110.

37. CEDH, *Kruslin*, 24 avril 1990, Dalloz, 1990, 353. Notes Pradel.

38. Époux *Huvig*, 24 avril 1990.

39. CEDH, *Sunday Times*, 26 avril 1979.

Dans l'affaire Kruslin comme dans l'affaire époux Huvig, des particuliers saisissent la Cour européenne des droits de l'homme, afin d'obtenir l'annulation d'écoutes judiciaires.

Voici les faits : les 8 et 14 juin 1982, un juge d'instruction de Saint-Gaudens, saisi de l'assassinat d'un banquier, Jean Baron, délivre deux commissions rogatoires. Par la seconde, il charge le chef d'escadron commandant la section de recherches de la gendarmerie de Toulouse de placer sous écoute un suspect, Dominique Terrieux. Du 15 au 17 juin, la gendarmerie intercepte dix-sept communications. Jean Kruslin, hébergé alors par M. Terrieux dont il utilise l'appareil, a participé à plusieurs d'entre elles et notamment à une conversation avec un homme qui l'appelle d'une cabine publique à Perpignan.

Lors de l'entretien, Jean Kruslin et son interlocuteur évoquent implicitement une autre affaire de meurtre, commise contre M. Peré. Le 18 juin, la gendarmerie appréhende M. Kruslin chez M. Terrieux, le met en garde à vue au titre de l'affaire Baron, puis l'interroge sur l'affaire Peré. Devant la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Toulouse, Jean Kruslin demande l'annulation de l'enregistrement de la communication litigieuse. Cette dernière a été réalisée dans le cadre d'une procédure qui ne le concerne pas. La Chambre d'accusation déboute Jean Kruslin. Rien n'interdit d'annexer à une procédure pénale les éléments d'une autre procédure à condition que la jonction ait un caractère contradictoire. Dans son pourvoi devant la Cour de cassation, Jean Kruslin se réfère à l'article 8 de la Convention : « L'ingérence des autorités publiques dans la vie privée [...] doit être d'une qualité telle qu'elle use de termes clairs pour indiquer à tous, de manière suffisante, en quelles circonstances elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte. » La Chambre criminelle de la Cour de cassation rend un arrêt de rejet le 23 juillet 1985⁴⁰.

Condamné, Jean Kruslin introduit une requête individuelle devant la CEDH. Il allègue que l'article 368 du code pénal prévaut sur l'article 81 du code de procédure pénale, lequel n'autorise pas les écoutes téléphoniques en termes exprès. Selon le gouvernement, il n'existe aucune contradiction entre l'article 368 du code pénal et l'article 81 du code de procédure pénale. Ce dernier ne dresse pas une liste limitative des moyens dont dispose le juge d'instruction.

En matière de droit, par les rapports de la commission, les juristes français savaient que la France serait condamnée. Certaines personnalités souhaitaient que l'on prévînt une condamnation par une réforme législative rapide. D'autres soutenaient qu'il était « urgent d'attendre » : une anticipation aurait conforté les arguments de la commission.

Dans son rapport afférent à l'affaire Kruslin⁴¹, la commission admet (ce qui peut conforter les pratiques françaises) : « Les écoutes téléphoniques s'opèrent en France selon une pratique qui s'inspire des règles du code de procédure pénale régissant d'autres actes qui peuvent être décidés dans le cadre d'une enquête judiciaire. »

La Cour européenne des droits de l'homme⁴², quant à elle, énumère les mesures imaginées par le droit français :

40. Cour de cassation, crim., 23 juillet 1985, *Bull. crim.*, n° 275.

41. Du 14 décembre 1988.

42. CEDH, Kruslin, 24 avril 1990.

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

Néanmoins, ces règles sont insuffisantes, pas assez protectrices des libertés individuelles.

La commission relève les principales lacunes :

- l'absence de délimitation précise et expresse des situations permettant l'interception de communications téléphoniques ;
- l'absence de référence à la gravité des faits (crimes, délits, peines encourues).

La Cour européenne des droits de l'homme entre encore davantage dans les détails :

- les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoutes judiciaires ne sont pas indiquées ;
- aucune précision ne concerne la nature des faits. La limitation de la durée de l'interception n'apparaît pas ;
- l'absence de données sur l'établissement des procès-verbaux de synthèse est dommageable ;
- les données sur la conservation, l'effacement, la destruction d'enregistrement, après non-lieu⁴³ ou relaxe⁴⁴, sont occultées.

La procédure est donc insuffisamment protectrice. « Le droit français, écrit ou non écrit, n'indique pas, avec assez de clarté, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré de sorte que les requérants n'ont pas joui du degré minimal de protection prévu par la prééminence du droit dans une société démocratique. »

Dans cette conclusion, la CEDH se réfère à l'arrêt *Malone*⁴⁵ ; ce dernier précisait que la loi (au sens large du terme) doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un pouvoir d'interception, avec une netteté suffisante, compte tenu du but légitime poursuivi, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire.

En quoi consiste cette loi ? La question est placée au centre de la querelle doctrinale et est tranchée dans l'arrêt *Sunday Times*⁴⁶. Au fil des années, et dans sa démarche jurisprudentielle, la Cour européenne des droits de l'homme a compris que le concept de prévision légale était indissociable de la protection de la vie

43. Non-lieu : ordonnance du juge pénal qui abandonne l'action engagée contre un prévenu.

44. Relaxe : décision du juge pénal qui abandonne l'action engagée contre un prévenu.

45. CEDH, *Malone*, 16 mai 1983.

46. CEDH, *Sunday Times*, 26 avril 1976, série A n° 30845.

privée et des interceptions. La loi et la prévision légale sont définies par référence au droit anglo-saxon.

Voici les faits : le *Sunday Times* avait effectué des investigations sur les effets dévastateurs de la thalidomide dans les années 1960. Les parents des victimes avaient intenté des actions en justice. La High Court interdit la publication d'un article sur les victimes de la thalidomide, en se fondant sur le *contempt of court*, qui correspond à une ingérence dans le cours de la justice. Le 19 mars 1974, les requérants alléguaient que l'interdiction enfreignait l'article 10 de la Convention ; ils demandent à la Commission d'exiger du gouvernement l'adoption d'une législation annulant cette décision et assurant la concordance du droit du *contempt of court* avec la Convention.

Le 21 mars 1975, la commission reçoit la requête. Les requérants présentent les griefs suivants :

- une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention est constatée, des articles de presse analogues ont été publiés au Royaume-Uni. Le *contempt of court* ne leur a pas été opposé ;
- les principes du *contempt of court*, qui se limitent à sauvegarder l'intérêt public, à préserver l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, auraient protégé un plaideur.

La liberté d'expression serait menacée par l'incertitude du droit du *contempt of court*.

La Cour relève que l'infraction est une ingérence d'autorités publiques dans l'exercice de la liberté d'expression des requérants, ce qui viole l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, sauf si l'ingérence est prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique. Selon le *Sunday Times*, le droit du *contempt of court* est vague, et la restriction n'est pas « prévue par la loi » (*prescribed by law*).

La CEDH constate que, dans « prévue par la loi », « law » englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit. Peu importe que le *contempt of court* soit une création de la *Common Law*. Un État de la *Common Law* ne saurait être privé de la protection de l'article 10, alinéa 2. D'ailleurs, les requérants ne remettent pas en cause la *Common Law* ; ils critiquent en l'espèce les règles « incertaines » de cette *Common Law*. L'expression « prescribed by law » a son équivalent français avec « prévues par la loi ». Cependant, alors que les mêmes termes français se retrouvent aux articles 8, al. 2 de la Convention, 1 du protocole 1, 2 du protocole 4, la version anglaise est « in accordance with the law », « provided for by law », « in accordance with law ». Pour que l'expression « prescribed by law » soit retenue, la « law » doit être accessible aux citoyens ; la « law » est une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de se conformer aux dispositions prévues.

La Cour, après avoir relevé la complexité de la question, conclut que l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression était prévue par la loi au sens de l'article 10, alinéa 2.

L'ingérence était-elle nécessaire pour garantir l'autorité du pouvoir judiciaire ? L'injonction visait surtout le projet d'article du *Sunday Times*. Le texte était modéré, ne prétendait pas qu'il existait une seule solution possible pour un tribunal. Sa publication aurait pu provoquer des répliques.

Le sujet de la thalidomide soulevait des questions essentielles sur la prévention et la réparation des dommages. L'article 10 garantit, non seulement à la presse la liberté d'informer le public, mais confère aussi le droit à des informations adéquates. Or, les familles victimes de la thalidomide ne pouvaient être privées de renseignements indispensables. S'il était paru, l'article « aurait pu servir de frein à des controverses spéculatives entre esprits mal informés ».

L'article 10 a bien été violé. Il en est de même pour l'article 14.

En matière de droit, la spécificité du droit anglo-saxon a conduit les juges de la CEDH à déclarer que le terme loi (*law*) englobe le droit écrit et le droit non écrit. Et il est vrai que la tradition anglo-saxonne a deux principales sources du droit : la « common law » et la « statute law ». La tradition romaine est fort différente. Est-il possible d'assimiler, en tenant compte de cette historicité, jurisprudence à « law », à « common law » ? L'arrêt *Kruslin* souligne qu'elle entend le mot loi dans sa signification matérielle et non formelle. Il n'en demeure pas moins que l'assimilation de décisions jurisprudentielles à la « loi matérielle » prête à discussion.

La jurisprudence est en fait une source du droit : crée-t-elle des normes ? Interprète-t-elle des normes ? La CEDH ne se prononce pas en la matière tout en citant des affaires qui correspondaient à des interprétations des normes : affaire *Müller*⁴⁷, affaire *Salabiaku*⁴⁸, affaire *Mark intern Verlag GmbH et Klaus Bermann*⁴⁹.

À l'occasion de ces arrêts rendus par la CEDH, l'interprétation effectuée par les juridictions nationales (ici : la juridiction française) a pour finalité de définir les notions employées par la loi (les sources du droit européen s'appliquent à définir les notions, et les transpositions de directives correspondent à cette tendance ; pendant longtemps, c'est la jurisprudence qui s'est appliquée, dans le droit français, à circonscrire les concepts utilisés par les normes). La jurisprudence recherche les intentions du législateur⁵⁰.

Enfin, la CEDH⁵¹ précise, toujours à propos de la jurisprudence française, « 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 ». La CEDH fait ici explicitement allusion à l'interprétation jurisprudentielle qui consiste à mettre à jour, à adapter des textes dépassés.

2. Loi et jurisprudence

Sur ce rapport entre la loi et la jurisprudence, les disputes doctrinales sont animées : Mme Renée Koering-Joulin considère que la tendance de la CEDH ten-

47. CEDH, *Müller*, 24 mai 1988, série A, n° 13 ; cette affaire évoque la notion de code pénal dans le cadre d'une condamnation pour publication contraire aux bonnes mœurs (art. 204, code pénal suisse).

48. CEDH, *Salabiaku*, 7 octobre 1988, série A, n° 141 : se prononce sur la présomption de responsabilité pesant sur le détenteur de « marchandises de fraude » (art. 32, 81, douane française).

49. CEDH, *Mark Tintern Verlag GmbH et Klaus Bermann*, 20 novembre 1989, série A, n° 165, sur la concurrence déloyale au sens de l'article 1 d'une loi allemande de 1909.

50. Cf. W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, 1982, n° 128.

51. CEDH, *Kruslin* (*supra*), *De l'art de faire l'économie d'une loi*.

nant à assimiler la jurisprudence interne à la loi, en donnant un sens nouveau à cette notion, s'inspire trop du droit anglo-saxon. Si Mme Renée Koering-Joulin admet l'imprévision reprochée aux procédures françaises, elle s'élève contre la définition de la loi élaborée par la CEDH⁵² et conclut que la Cour a reconnu l'existence de « prévision légale » en se basant sur des prémisses peu logiques.

Le point de vue de M. Pierre Kayser⁵³ est différent : il remarque que la « prévision légale » est incontestable, puisque le concept de loi élaboré par la CEDH est légitime et clair. Il est vrai qu'il diffère totalement de la notion de la loi française, mais n'en est pas moins une source du droit qui l'emporte sur les sources du droit interne.

La source de droit de la CEDH englobe la loi au sens formel, la jurisprudence, le règlement. Elle est très générale, et cette approche générale est respectable. Le concept de « loi » selon la CEDH est une notion autonome⁵⁴. Il repose non seulement sur l'arrêt *Sunday Times* mais sur l'arrêt *Silver*⁵⁵. L'idée n'est pas une simple transposition du droit anglo-saxon, destinée à contrarier le droit continental, c'est une création de l'esprit, originale et pertinente. La loi de la CEDH implique accessibilité et précision. Voilà pourquoi elle a retenu que les procédures françaises étaient insuffisantes.

B - Le support légal après la jurisprudence de la CEDH

Peu après le double arrêt de la CEDH, le directeur des affaires criminelles et des grâces adresse aux chefs de juridiction, aux membres du ministère public, aux magistrats du siège, avec ordre de transmission aux présidents de chambres d'accusation et aux juges d'instruction, une note résumant les conclusions des arrêts. Il propose un guide des écoutes judiciaires licites. Selon lui, des garanties peuvent émaner de la jurisprudence⁵⁶.

1. L'arrêt Bacha Baroudé

Le 15 mai 1990, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rend son premier arrêt important après les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt Bacha Baroudé.

52. Renée KOERING-JOULIN, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1990, 27^e cahier, chronique XXXII, p. 187 à 189 : « Forcer la distinction entre pays de *common law* et pays continentaux est bien sûr inopportun, mais forcer la ressemblance entre les systèmes au risque de confondre une harmonisation (souhaitable) avec une unification (utopique) est bien malvenu. »

53. Pierre KAYSER, « La loi du 10 juillet 1991, et les écoutes téléphoniques », *La semaine juridique, JCP*, Éd. G, n° 8.

54. Cf. M. A. ERSEN, « L'Interaction de la jurisprudence constitutionnelle nationale et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, sous la direction de D. ROUSSEAU et F. SUDRE, *STH*, p. 141-142.

55. CEDH, *Silver*, 25 février 1983.

56. Conseil d'État, 22 octobre 1979, *Revue de droit public*, 1980, Cons. d'État, ass., 19 avril 1991 ; deux arrêts Belgacom, Mme Babès, *JCP*, 91, Éd. G, 21 757. Note Nguyen Van Conq.

Voici les faits : l'affaire concerne l'un des complices de Jean Kruslin. L'homme s'était enfui pendant l'instruction. Il fut jugé longtemps après. Les preuves étaient constituées par les mêmes écoutes téléphoniques produites dans l'affaire Kruslin. Bacha Baroudé engage un recours en se fondant sur l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme. La Chambre criminelle a refusé de prendre en compte l'arrêt Kruslin. Selon M. Pradel⁵⁷, « le faire eût provoqué un véritable cataclysme judiciaire en condamnant des centaines de procédures, et, en outre, eût méconnu l'autorité relative des arrêts de la Cour européenne ».

En matière de droit⁵⁸, la Cour de cassation refuse de procéder à l'annulation de l'écoute litigieuse. Elle souligne que l'écoute mise en cause était conforme aux articles 81 et 151 du code de procédure pénale, qui constituent « la base légale » des écoutes ordonnées par le juge d'instruction. L'écoute n'a pas été obtenue par une ruse ou un stratagème. Elle respectait les droits de la défense : la transcription des écoutes a pu être examinée contradictoirement par les parties concernées (la contradiction est une manifestation des droits de la défense)⁵⁹. Enfin, l'écoute a été utilisée dans le cadre d'une infraction susceptible de justifier un placement sur écoutes. La Cour de cassation déclare que l'infraction doit être « un crime ou toute infraction portant gravement atteinte à l'ordre public ».

La notion d'infraction portant gravement atteinte à l'ordre public est imprécise. L'infraction est vraisemblablement un délit et non une contravention. Dans quel cas le législateur ou le juge devra-t-il considérer que le délit « porte gravement atteinte à l'ordre public » ? Aucun critère n'est avancé. Pour M. Jean Pradel⁶⁰, l'arrêt est un arrêt de règlement implicite, qui n'annule pas la procédure, mais détermine les règles à suivre pour l'avenir.

Mme Renée Koering-Joulin⁶¹ critique l'arrêt Bacha Baroudé. Ce dernier ne prend pas en compte les recommandations émises par la CEDH. Les conditions relatives à la validité, à la durée des écoutes, aux modalités de transcription, de conservation, de destruction de bandes, ne sont pas évoquées. Elles n'étaient d'ailleurs pas réunies, ce qui aurait pu justifier l'annulation de la Cour d'appel. Enfin, Mme Renée Koering-Joulin fait remarquer que cet arrêt constitue un « détournement » : ce n'était pas à la jurisprudence (loi au sens de la CEDH) de fixer des règles en la matière mais à la loi (au sens du droit interne français), conformément à l'article 34 de la Constitution.

2. L'enjeu politique

L'enjeu devient consciemment politique. Des travaux avaient été élaborés précédemment.

57. Commentaires des arrêts Kruslin et Bacha Baroudé par Jean Pradel. *Recueil Dalloz-Sirey*, 24^e cahier, p. 353-359.

58. Cour de cassation, Bacha Baroudé, D., 1990 IR 143.

59. Cf. W. JEANDIDIER et J. BELOT, « Les grandes décisions de la jurisprudence. Procédure pénale », *Thémis*, 1986, n° 35, p. 185.

60. « Les écoutes téléphoniques judiciaires, un régime sous surveillance », *Revue française de droit administratif*, janvier-février 1991.

61. Cf. Renée KOERING-JOULIN, *op. cit.*, p. 189.

2.1. *Le rapport Schmelck*

Peu après sa nomination en tant que premier ministre en 1981, Pierre Mauroy charge une commission d'étude placée sous la présidence du premier président de la Cour de cassation, Robert Schmelck, d'une mission d'investigation sur les écoutes téléphoniques. La commission comprend des parlementaires, des magistrats, des professeurs de droit, des hauts fonctionnaires.

La commission demande que les écoutes judiciaires soient dotées d'un régime légal que l'on puisse insérer dans le code de procédure pénale. Elle conclut à la licéité des écoutes judiciaires dans le cadre de l'information, mais aussi à la licéité d'écoutes judiciaires en cas de flagrance et d'urgence sur demande du procureur de la République, et après confirmation prononcée par un juge d'instruction.

L'autorité judiciaire apparaît comme la gardienne de la liberté individuelle, en conformité avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁶². Le champ d'application des écoutes judiciaires se limite aux infractions graves, c'est-à-dire aux crimes et aux délits passibles d'une peine pouvant aller jusqu'à trois ans ou davantage⁶³. L'interception comme moyen de preuve, dans les limites décrites plus haut, est le dernier recours, quand les autres moyens d'investigations se sont avérés inopérants ou inefficaces.

Les formalités sont clairement indiquées. La motivation sera obligatoire, la mise sous surveillance temporaire. Des modalités de transcription, de destruction des enregistrements, sont prévues. Le secret professionnel sera respecté dans la mesure du possible.

Ces mesures seraient intégrées dans un texte de loi, puisque, souligne la commission Schmelck, l'article 34 de la Constitution « fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

Le rapport Schmelck ne fut pas suivi d'effets immédiats. Certes, une proposition de loi, déposée le 29 avril 1983, par M. Gautier et trente-cinq autres députés, s'inspire du rapport et envisage la réglementation des écoutes judiciaires dans le cadre du code de procédure pénale. Comme la majorité des propositions de lois, elle ne vint jamais à l'ordre du jour.

2.2. *Les suites du rapport Schmelck*

Lors de la première cohabitation, le 9 avril 1986, M. Chirac, alors Premier ministre, s'engageait devant l'Assemblée nationale à limiter les écoutes téléphoniques qui devaient être décidées par l'autorité judiciaire ou exigées par la sécurité de l'État.

Le 18 avril 1986, le ministre chargé de la sécurité, M. Pandraud, puis le 5 avril 1986, le ministre de l'Intérieur, M. Pasqua, avisèrent la presse qu'un projet de loi, inspiré du rapport Schmelck, était préparé. Un avant-projet de loi fut effectivement étudié, élaboré par les services du ministère de l'Intérieur. Le projet, quant à lui, ne fut pas discuté en Conseil des ministres.

62. Conseil constitutionnel, 9 janvier 1980.

63. Le seuil serait abaissé pour l'infraction constituée par les appels téléphoniques malveillants et réitérés.

Après les arrêts de la CEDH, Kruslin et Huvig, des initiatives se font jour. En septembre 1990, un syndicat de police⁶⁴ présente une quinzaine de propositions relatives aux écoutes téléphoniques, réclame un projet de loi et un débat parlementaire.

Un sénateur et des députés prennent l'initiative de déposer des propositions de lois : ils ont tous travaillé sur le thème des écoutes téléphoniques, et certains ont collaboré au rapport Schmelck, qui n'avait pas encore été publié à l'époque⁶⁵ ; citons la proposition de M. Rudloff, déposée devant le Sénat le 25 octobre 1990, la proposition de loi de M. Toubon, déposée devant l'Assemblée nationale le 25 octobre 1990, la proposition de loi de M. Hyst, déposée en décembre 1990 devant l'Assemblée nationale. Ces travaux ne sont pas identiques : ils n'en convergent pas moins sur certains points qui ont retenu l'attention du rapport Schmelck ou (et) de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le 15 novembre 1990, la Commission nationale consultative des droits de l'homme adopte en réunion plénière un avis soulignant l'urgence pour le gouvernement de soumettre au Parlement un projet de loi afférent aux interceptions de télécommunications. Le principe du projet de loi est arrêté. Seul, le moment de l'annonce pose encore dilemme. Une « affaire » permet à l'exécutif de faire acte de vertu et de nécessité⁶⁶.

À l'occasion du débat sur la réglementation des télécommunications de 1990, le ministre des PTT, Paul Quilès, fait savoir que le gouvernement déposera un projet de loi qui tirera toutes les conséquences des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme. La loi française et la loi de la CEDH se réconcilient.

§ II - LES RÉFÉRENCES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES

Tous les États démocratiques sont tenus de faire respecter la sphère privée. Les interceptions de correspondance, par voie postale ou par voie de télécommunications, doivent être réglementées. Les textes varient en fonction de la culture juridique des États-nations.

64. Police (nom du syndicat).

65. Il fut publié lors de la première parution du *Rapport d'activité de la CNCIS, 1991-1992*, La Documentation française, 1993.

66. L'inculpation en 1990 d'un P-DG, d'employés, d'un enquêteur de police en activité, d'un détective, travaillant tous pour une société privée de sécurité, pour interceptions téléphoniques illicites.

I - LES ÉTATS-UNIS (UNE CERTAINE CONCEPTION DU DROIT ANGLO-SAXON)

A - Le droit américain est au service de la protection de la vie privée mais aussi de la sécurité

Les écoutes de télécommunications y sont en effet assez fréquentes. Elles sont régies par le titre 18 du code des États-Unis. Au niveau fédéral ou au niveau des États, les tribunaux⁶⁷ autorisent souvent le recours à des interceptions téléphoniques, à des *pen-register* (disposition d'identification du numéro appelé) ou des *trop and trace* (disposition d'identification du numéro appelant) pour empêcher la commission d'actes criminels et recueillir les preuves dans le domaine des crimes et des associations de malfaiteurs. Les critères de la licéité sont un tantinet plus larges aux États-Unis qu'en Europe.

1. La CALEA

Le 25 octobre 1994, la Présidence a conféré force de loi à la CALEA⁶⁸ (*Communication Assistance for Law Enforcement Act*) ou loi sur la téléphonie numérique. La CALEA doit permettre de faire face aux rapides mutations des technologies de télécommunications, affirmer l'obligation pour les opérateurs de télécommunications de prêter leur concours aux services autorisés à procéder à des interceptions de communications et à des identifications d'appel.

Pour que les organismes qualifiés soient en mesure, malgré le morcellement des réseaux, d'effectuer une surveillance, la CALEA exige des opérateurs de télécommunications⁶⁹ qu'ils soient susceptibles de satisfaire, au plus tard le 25 octobre 1998, à un contingent de réquisitions. La CALEA n'impose aucun dispositif, aucune configuration de systèmes. En revanche, le gouvernement et les industriels sont tenus de coopérer pour assurer l'application de mesures.

2. Les contingents

L'« Attorney general » (ministre de la Justice) procède à une estimation du nombre de dispositifs de surveillance électronique, d'interceptions de communications. Cette estimation établit deux niveaux de contingents.

Le premier contingent, le contingent ordinaire⁷⁰, correspond à la quantité de dispositifs de surveillance des communications que les agences gouvernementales

67. La jurisprudence joue un rôle très important dans le système juridique américain.

68. *Public law*, 103 414 47 USC 1001-1010.

69. Section 103 de la loi.

70. « Actual capacity » dans la CALEA : soit, pour une catégorie I, 0,5 % de la capacité opérationnelle des équipements capables d'émettre ou recevoir des communications, soit, pour la catégorie II, 0,25 %, et pour la catégorie III, 0,05 %.

autorisées à utiliser de tels moyens peuvent mettre en œuvre, en service, simultanément. Le second contingent est le contingent maximal⁷¹. Trois catégories de zone sont définies : les catégories I et II regroupent les zones de forte activité de surveillance électrique. Seules quelques zones très peuplées des États-Unis entrent dans la catégorie I. Les zones à population dense et certaines banlieues sont assimilées à la catégorie II. La catégorie III comprend les autres zones géographiques. Les zones desservies par un opérateur entrent au moins dans la catégorie III, et parfois II et I.

Il est reproché à la CALEA d'occulter des éléments essentiels : la définition de la coopération opérationnelle, l'indication des bases à partir desquelles sont effectuées les projections utilisées pour enregistrer les besoins des services chargés de l'application des lois.

Le ministre de la Justice a délégué la responsabilité de mise en œuvre et d'administration de la CALEA au *Federal Bureau of Investigations* (FBI). Le Congrès a autorisé dans la section 109 l'affectation de 500 millions de dollars sur les exercices fiscaux 1995 à 1998 pour supporter les dépenses générées par les modifications effectuées par les opérateurs sur les équipements, les installations, en vue d'obtenir les contingents indispensables. La section 109 permet également de compenser les dépenses de mise en conformité des équipements et installations, au cas où la commission fédérale des communications constaterait que les exigences de contingent, d'assistance, ne peuvent pas être atteintes. Le FBI a imaginé des paramètres de détermination des sommes susceptibles de remboursement par le gouvernement.

B - L'application de la CALEA

Aucune mesure n'est allée dans le sens de l'application de la CALEA pour les exercices 1995 et 1996. Une proposition d'affectation de crédits a été discutée, puis adoptée par la chambre des représentants, durant l'été 1996, dans le cadre du ministère de la Justice pour 1997. Le 11 avril 1996 a été publié le premier rapport annuel du FBI au Congrès sur l'application de la CALEA.

II - LES RÉFÉRENCES EUROPÉENNES

La CEDH a unifié certains aspects concernant la licéité et les modalités des écoutes, mais des variables demeurent, en particulier dans les formes de contrôle.

71. « Maximum capacity » dans la CALEA : soit, pour la catégorie I, 1 % de la capacité opérationnelle des équipements capables d'émettre ou de recevoir des communications, pour la catégorie II, 0,5 %, et pour la catégorie III, 0,25 %.

A - Le Royaume-Uni

La licéité des écoutes judiciaires se heurte au principe de protection des libertés individuelles et notamment de la correspondance, même si la loi a été révisée après la condamnation du Royaume-Uni par la CEDH.

Le premier texte de référence est l'« *Interception of Communications Act* » de 1985. L'article I rappelle : « Les interceptions de communications sont interdites ; elles sont constitutives d'un délit, punies d'une peine d'amende et/ou d'une peine d'emprisonnement de deux ans. »

Les écoutes judiciaires sont censées ne pas exister. Le juge n'est pas habilité à ordonner des écoutes téléphoniques, quel que soit le motif invoqué. L'enregistrement d'une interception téléphonique n'est pas un moyen de preuve.

B - L'Allemagne

Les écoutes judiciaires étaient licites dans l'ex-République fédérale d'Allemagne. Le 13 août 1968 a été adoptée une loi limitant le secret de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications. Le ministère des PTT, administration d'État jusqu'en 1989, a joué un rôle éminent dans la vie au quotidien de la République fédérale d'Allemagne séparée de l'ex-République démocratique allemande⁷² ; lorsqu'il a éclaté, en 1989, en entreprises publiques, une distinction s'est établie entre Bundesposttelekom (l'embryon de la future société « *Deutsche Telekom* »), la Bundespostdienst (La Poste), la Bundespostbank (les services financiers). La loi est plus connue sous la dénomination G10 (*Gesetz 10*), allusion au fait qu'elle avait été prise en application de l'article 10 de la *Grundgesetz* ; le texte a été complété par la loi sur l'organisation de la poste du 1^{er} juillet 1989, puis par la loi du 27 mai 1992. Le secret des correspondances, des envois postaux et des télécommunications est inviolable. Les exceptions sont explicitement mentionnées dans la loi.

Les interceptions judiciaires constituent une exception prévue dans l'article II de la loi. Le code de procédure pénale a été modifié en y introduisant les articles 100a et 100b qui prévoient la nécessité de recourir dans le cadre d'une procédure judiciaire à des écoutes téléphoniques pour des crimes et des délits limitativement énumérés.

Les autorités habilitées à autoriser ces procédures sont le juge, et, en cas d'urgence, le procureur (le Parquet). Les personnes susceptibles de faire l'objet d'une écoute judiciaire sont le suspect ou le tiers se trouvant en contact avec le suspect. L'autorisation est délivrée pour une durée de trois mois ; elle est renouvelable. Les enregistrements qui ne paraissent pas indispensables à la manifestation de la vérité sont conservés séparément et détruits à l'issue de la procédure, en particulier après un non-lieu ou une relaxe.

72. Cf. Serge COSSERON, *Des Allemagnes à l'Allemagne, 1945-1993*, Hatier, 1993.

La vie privée des Allemands est protégée dans la Grundgesetz par l'article I (dignité de l'homme)⁷³, alinéa 2 (droits généraux de la personne), alinéa 13 (inviolabilité du domicile). Les paroles « privées » sont protégées par le code pénal.

C - L'Autriche

La législation autrichienne est sensiblement différente de la législation allemande⁷⁴.

1. Jusqu'en 1997, les écoutes judiciaires étaient ordonnées par le juge, et, en cas d'urgence, par le Parquet. Les garanties sont, en théorie, assez minces. Les autorisations peuvent être délivrées pour des crimes et des délits lorsque la peine encourue est supérieure à un an (butoir très bas). Le champ d'application de la licéité en matière d'écoutes judiciaires est large, d'autant qu'aucune précision n'est apportée quant à la durée d'exécution de la mesure. Les personnes susceptibles d'être écoutées sont les suspects et les tiers en relation avec les suspects.

2. La loi autrichienne n° 105, publiée le 19 août 1997, apporte des précisions. Elle permet la mise sous écoutes et la surveillance vidéo de suspects lors d'enquêtes policières (donc, en amont de l'information). Ce recours est autorisé en cas d'enlèvement et séquestration de personnes, pour l'élucidation et la prévention⁷⁵ d'un crime passible de dix ans d'emprisonnement. La surveillance est également prévue pour l'élucidation d'actes délictueux, quand la peine encourue est supérieure à un an avec l'autorisation expresse du propriétaire des lieux. La décision d'autorisation revient au juge d'instruction ou au Ratskammer sur requête préalable du procureur de la République. La surveillance répond au principe de proportionnalité. Elle est ordonnée pour une durée d'un mois et est renouvelée par une nouvelle ordonnance.

Les enregistrements sont soumis à une obligation de compte rendu ; un rapport circonstancié sur les mesures utilisées est élaboré à l'issue de la surveillance par le service de police, ou par le juge d'instruction. Le procureur peut accéder à l'enregistrement visuel ou acoustique, archivé au tribunal.

La loi établit une distinction entre les personnes qui entretiennent des relations avec les suspects, et les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes ou des délits. Expérimentale, cette loi cessera d'être applicable le 31 décembre 2001. Son adoption s'explique par la répétitivité et la médiatisation du thème sécuritaire dans les enceintes de certains partis politiques⁷⁶.

La licéité de cette nouvelle pratique d'interceptions est présumée combattre la criminalité, les délits, avec plus de succès que dans le passé. Ce discours a des effets non négligeables sur une partie de la population. La loi se fait alors le vecteur d'une inquiétude, d'une angoisse.

73. *Das Mensch* : homme, être humain.

74. En dépit de la communauté de langue.

75. C'est-à-dire, avant la commission de l'infraction.

76. Les statistiques du ministère de la Justice autrichien démontrent que les condamnations pour délits, surtout dans la population la plus jeune, ont augmenté au cours des cinq dernières années.

D - L'Espagne et l'Italie

1. L'Espagne

Le secret des communications est garanti par la Constitution, article 18, alinéa 3 : « Est garanti le secret des communications, spécialement par poste, télégraphe et téléphone. » Le même article sert de fondement aux écoutes judiciaires puisqu'il est fait mention de « l'exception du mandat judiciaire ». Le mandat est accordé par le juge pour une durée de trois mois qui est renouvelable plusieurs fois.

2. L'Italie

Les écoutes judiciaires sont possibles à titre exceptionnel. Elles sont ordonnées par le juge, et, en cas d'urgence, par le Parquet, dans le cadre d'une liste limitative d'infractions punies de cinq ans au moins (butoir protecteur pour les libertés individuelles). La durée d'exécution ne peut dépasser quinze jours, mais elle est renouvelable. Les enregistrements font l'objet d'une retranscription intégrale.

E - La Suisse et la Belgique

1. La Suisse

Les écoutes judiciaires sont possibles quand elles sont ordonnées par le juge, et, en cas d'urgence, par le Parquet, pour des infractions graves. La durée d'exécution de la mesure est de six mois ; elle est renouvelable. Les enregistrements qui ne sont pas indispensables à la manifestation de la vérité sont conservés séparément et détruits à l'issue de la procédure.

En Suisse⁷⁷, certains cantons⁷⁸ ont introduit une possibilité de recours contre les écoutes téléphoniques injustifiées. Dans certains cas, la Cour de cassation peut en même temps se prononcer sur une demande d'indemnisation. Le rapport au Conseil fédéral relatif aux surveillances téléphoniques suggérait, en 1992, que la personne intéressée, une fois les écoutes achevées, dispose de voies de droit lui permettant de faire examiner la légalité de la procédure et d'obtenir réparation. Le 17 février 1993, le Conseil fédéral estime qu'il lui semble peu judicieux de prévoir une réparation.

Ce point est toujours emblématique : il témoigne de la délicatesse de l'équilibre entre souci de l'ordre public et protection des libertés.

2. La Belgique

Elle représentait, en 1990, au regard de la licéité des écoutes, un cas particulier. Elle consacrait le principe de l'inviolabilité des communications télé-

77. Sur la Suisse, cf. Stéphane DUROY, Denis GIRAUX, Roger BORZAL, *Les Procédés de la démocratie semi-directe dans l'administration locale en Suisse*, PUF, 1985.

78. Les cantons jouent un rôle essentiel dans la démocratie helvétique.

phoniques. Une exception apparaissait cependant : elle n'était pas dénommée « écoute judiciaire », mais « repérage de communication téléphonique ». Le magistrat instructeur pouvait obtenir une autorisation dans le cas d'une instruction criminelle.

Une loi est adoptée le 30 juin 1994, et nommée « des écoutes, de la prise de connaissance et de l'enregistrement de communications et de télécommunications privées »⁷⁹. La loi souhaite tirer toutes les leçons des décisions arrêtées par la Cour européenne des droits de l'homme. Les écoutes sont judiciaires. Elles sont admises « afin de mieux protéger la société contre le terrorisme et la grande criminalité ». C'est le juge d'instruction ou le Procureur du roi⁸⁰ (en cas de flagrant délit dans les prises d'otage ou de chantage), qui autorise l'écoute. Le juge d'instruction intervient dans les cas de grande criminalité, terrorisme, grand banditisme, crime organisé.

L'autorisation est délivrée pour un mois, délai qui ne peut être renouvelé au-delà de six mois. Quand la mesure concerne un avocat ou un médecin, le juge d'instruction doit avertir le bâtonnier ou le représentant de l'ordre des médecins.

Une comparaison entre ces diverses références nous amène à faire plusieurs constatations :

- le principal acteur de la régulation entre l'ordre public et les libertés individuelles est le juge d'instruction. Ce dernier défend l'intérêt général, mais est aussi le garant des libertés individuelles et de la sphère privée. Le Parquet, le Procureur, ne sont invoqués qu'en cas « d'urgence », lorsque l'État-nation estime nécessaire de faire cesser la menace contre l'ordre public ;

- les acteurs passifs (les inculpés, les personnes mises en examen)⁸¹ ont commis des infractions dont la gravité varie de pays en pays. Il s'agit parfois de personnes entretenant des relations avec les suspects ;

- les écoutes judiciaires sont toujours autorisées, même à titre exceptionnel, lorsque des infractions sont commises ; elles sont parfois permises lors des enquêtes préliminaires ou des flagrances (qui privilégient l'enlèvement et la séquestration) ;

- les durées d'écoutes sont très variables ;

- une loi (au sens continental du terme) est envisagée pour déterminer le statut des écoutes judiciaires licites ;

- ces dernières sont toujours des dérogations au principe du secret des correspondances, au respect de la vie privée.

De ces références, découlent deux tendances contradictoires qui peuvent conduire à des dysfonctionnements évidents :

- la première se traduit par un renforcement des libertés individuelles. Ces dernières sont le gage du caractère démocratique de l'État-nation ;

- la seconde se fait l'écho du discours sécuritaire. Le maintien de l'ordre public apparaît plus difficile qu'autrefois. Les exceptions que sont les écoutes judiciaires se multiplient. Il ne s'agit plus de réunir des preuves contre les crimes et

79. Cet intitulé témoigne de la minutie du législateur belge et de son souci de précision face aux libertés individuelles.

80. S'il s'agit du Procureur du roi, la mesure est confirmée dans les vingt-quatre heures par le juge d'instruction.

81. Inculpé : avant la réforme du code pénal de 1994 ; mis en examen : après la réforme du code pénal.

certains délits, mais aussi contre la majorité des délits. Les écoutes judiciaires ne sont plus seulement destinées à rassembler des preuves, quand d'autres moyens ne semblent guère envisageables, mais aussi, parfois, à empêcher la commission des crimes et des délits⁸².

Cette évolution s'explique par les liens étroits existant entre droit, économie, sociologie et philosophie. La globalisation du marché, la précarisation des emplois, ont transformé le paysage sociétal. Ce dernier enregistre les convulsions générées par les mutations techniques et financières. Le nombre des délits augmente dans tous les pays occidentaux.

Si l'écoute judiciaire, en tant que concept, semble clairement définie, son utilisation peut être amenée à évoluer en fonction de paramètres multiples.

SECTION DEUX LES ÉCOUTES DE SÉCURITÉ

Les pouvoirs publics ont toujours été tentés, à bon ou mauvais escient, de capter les conversations par voie de télécommunications des personnes physiques susceptibles de porter atteinte aux intérêts supérieurs de l'État-nation.

La France s'est montrée frileuse et honteuse à cet égard. Les télécommunications ont toujours été considérées comme potentiellement dangereuses à l'égard des institutions. En 1837, la loi sur la télégraphie cherchait, non seulement à empêcher les dérives de la spéculation boursière, mais aussi à éviter les communications entre comploteurs, émeutiers, etc. La littérature a abondamment illustré cette thématique, de Stendhal à Balzac⁸³.

Les mafias ont les moyens financiers et matériels de communiquer entre elles. Les collectivités publiques, les États ont, plus que jamais, le devoir de réagir face à ces menaces dirigées contre la communauté.

§ I - UN QUASI-VIDE JURIDIQUE

I - UN VIDE JURIDIQUE À COMBLER

Depuis le XIX^e siècle, les écoutes administratives sont une réalité⁸⁴, même s'il est parfois difficile (voire impossible) de prouver leur existence.

82. Ce n'est pas le cas en France. La sociologie du droit s'intéresse tout particulièrement à ces phénomènes.

83. L'œuvre la plus significative, à cet égard, est *Lucien Leuwen* de Stendhal.

84. Les indices sont multiples.

I. Un vide juridique à combler : les chefs d'État et de gouvernement ont utilisé les écoutes sans état d'âme particulier.

A - Les spécificités françaises

Les motifs de l'accélération du processus en France sont intimement liés au déroulement des guerres coloniales et au renforcement de l'exécutif.

1. Les guerres coloniales

Elles ont sévi pendant la IV^e et le début de la V^e République. La guerre d'Algérie a entraîné des modifications dans le comportement quotidien des Français⁸⁵. Tous les jeunes étaient mobilisés pour participer à la « guerre civile ». Des mesures légales étaient prises pour lutter contre les « rebelles ». La plupart d'entre elles limitaient les libertés collectives et les libertés individuelles. La censure sévissait.

Avec l'avènement au pouvoir du général de Gaulle, un ordre s'instaura (1958-1969). Le premier chef de gouvernement, Michel Debré⁸⁶, concentrait une grande partie de son énergie sur le conflit algérien. Il était aussi un homme passionné par le droit. Il ne lui convenait pas que les écoutes administratives, nécessaires, à son point de vue, pour lutter contre « l'ennemi », se perpétuassent dans le vide juridique.

1.1. La décision Debré

Elle permit que le vide juridique « cessât » très imparfaitement en 1960. Michel Debré voulut donner une légitimité aux écoutes administratives. Il crée le 28 mars 1960, dans le cadre d'une décision « top secret » (inconnue du grand public), n° 1E, le groupement interministériel de contrôle, chargé d'assurer l'ensemble des écoutes ordonnées par les autorités gouvernementales. Cette décision donne un cadre aux interceptions.

Toutes les écoutes doivent être autorisées, soit par le Premier ministre, soit par le ministre de l'Intérieur, soit par le ministre des Armées⁸⁷ ou par des délégués affectés à ces missions. Le Premier ministre, quant à lui, peut déléguer ses pouvoirs au ministre de l'Intérieur.

L'autorisation d'écoutes fait l'objet d'un ordre d'exécution du ministère des PTT : les télécommunications constituent un service public, partie intégrante du ministère des PTT (puis P et T), doté d'un budget annexe depuis 1923. Une commission assure une fonction de coordination entre les principaux acteurs. Elle comprend des représentants du Premier ministre, du ministre de l'Intérieur, du ministre

85. Sur la guerre d'Algérie, cf. H. VIDAL-NAQUET, *Face à la raison d'État, un historien dans la guerre d'Algérie*, La Découverte, 1989.

86. Sur Michel Debré, cf. Hervé BLANC, « Michel Debré et les institutions de la V^e République », Paris, 1972, mémoire de l'IEP de Paris, sous la direction de Raoul Girardet.

87. Tous concourent à la politique diplomatique et militaire.

des Armées. Le Groupement interministériel de contrôle assure la transcription des écoutes enregistrées. Il dispose de personnels mis à la disposition du Premier ministre par le SDECE, le ministère de l'Intérieur, le ministère des Armées, le ministère des PTT, ainsi que des installations d'écoutes. Il existe un fichier général des autorisations d'écoutes. Une circulaire⁸⁸ précise les modalités de gestion du Groupement interministériel de contrôle (GIC). La décision s'applique en métropole, et non en Algérie ou dans les autres colonies.

Ce texte instaure des modalités qui seront partiellement reprises. Il ne prévoit pas de motifs (Michel Debré ne jugeait sans doute pas le moment opportun) ou de contingent. Surtout, le secret entoure l'existence de ce texte et le fonctionnement du GIC. Le chef du gouvernement considérait que le secret était la première condition d'une bonne application de cette décision. Il se félicitait par ailleurs d'avoir instauré des règles auxquelles il convenait que les fonctionnaires, placés sous ses ordres ou sous ceux d'autres Premiers ministres, obéissent avec diligence et dévouement.

1.2. CEDH et Constitution française

La Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas encore formulé son concept de la loi. La France n'avait pas ratifié les dispositions permettant à ses ressortissants d'intenter une action contre l'État français. Il est opportun de le rappeler car trop d'analyses sont menées, en histoire, en droit, en sociologie, sur la base de normes qui ne prévalaient pas au moment où des événements, des paradigmes, sont apparus. Cependant la constitution de 1958 existait et les articles 34 et 37 déterminaient, pour l'un, le domaine de la loi, pour l'autre, le domaine du règlement.

Les garanties des libertés individuelles entrent de façon indiscutable dans le champ d'application de l'article 34. Michel Debré ne pouvait pas ignorer que les écoutes administratives sont en corrélation avec la sphère privée, mais il concentrait son attention sur le maintien de l'ordre public, qui s'appuie sur la réglementation.

Une décision⁸⁹, dans ce contexte particulier, était-elle le fondement réglementaire adéquat pour les écoutes de sécurité ? Certainement pas. Dans la hiérarchie des normes réglementaires, la décision a une valeur très faible, pour ne pas dire infinitésimale.

L'initiative de Michel Debré et de ses collaborateurs correspondait donc plus à un désir de mise en ordre des activités d'interception qu'à une véritable réflexion juridique.

88. Les circulaires ne constituent pas en principe des décisions exécutoires, et ne peuvent tenir lieu de règlement. Ce sont de simples mesures internes à l'administration ; elles ne lient ni les magistrats ni les particuliers (reg., 11 janvier 1816) S1 816 L 366 ; Civ. 13 mars 1901, D., 1 161 ; 15 mai 1923 et 7 avril 1925, 98 1926, 1, 68 Com., 23 octobre 1950, D., 1951, quatre grands arrêts n° 6.

Depuis 1954, le Conseil d'État distingue les circulaires interprétatives qui n'ont pas de valeur juridique et les circulaires réglementaires, qui, pour leur part, ont une valeur juridique, CE, 29 janvier 1953, *Rev. fr. dt adm.*, 1954, 50, concl. Tricot.

89. Décision : acte administratif unilatéral ; manifestation de volonté émanant de l'administration.

2. Le renforcement de l'exécutif

Cette mise en ordre va de pair avec de nombreuses mesures administratives prises avec l'avènement de la V^e République.

2.1. La Constitution de la V^e République⁹⁰

Elle renforce les pouvoirs exécutifs et législatifs. En fait, le gouvernement a la quasi-maîtrise de l'ordre du jour au Parlement, et, bien que de nombreux articles soient consacrés au pouvoir législatif, les prérogatives de l'exécutif sont renforcées. Dans une situation économique (c'est le début des mutations technologiques) et politique complexe, priorité est donnée aux autorités légitimes habilitées à prendre des décisions.

L'élection, fondement de la démocratie, est beaucoup plus une modalité de désignation de ces autorités que le vecteur de la représentation. Il s'agit beaucoup moins de permettre à un éventail très large d'opinions diverses de s'exprimer au sein de l'Assemblée nationale que de rassembler des dirigeants efficaces. La fonction tribunitienne n'est pas une priorité, même si elle continue à jouer son rôle.

Dans ce contexte, le règlement devient un des outils préférés de la V^e République dans ses limbes. La décision, à l'époque, même si elle ne correspond pas à une véritable base juridique, était sans doute perçue comme une opportunité pour encadrer, gérer, les écoutes administratives.

2.2. Le courant constitutionnel

Le courant constitutionnel favorable à un exécutif puissant s'affirme dans tout l'Occident et dans les États anciennement coloniaux⁹¹ qui accèdent à l'indépendance. Une valorisation du processus gestionnaire se confirme avec l'arrivée aux responsabilités de femmes et surtout d'hommes rompus aux sciences économiques, au droit public, au management.

Avec un scrutin majoritaire à deux tours ou à un tour⁹², avec la disparition de la représentation proportionnelle intégrale et la fixation de quotas qui ne permettent pas aux plus petits partis d'être présents dans les organismes législatifs, la démocratie se fixe comme objectif le maintien de pouvoirs forts. Les princes ne sont plus des guerriers couronnés, leur légitimité est élective, leurs prérogatives sont surtout gestionnaires⁹³.

Les princes de la nouvelle V^e République s'appliquaient donc à « gérer » les écoutes comme ils géraient la politique agricole. Cette démarche nous éclaire sur la décision n° 1E dont l'existence confidentielle est tout de même connue de la classe politique, mais non remise en question jusqu'au départ de Charles de Gaulle.

90. Sur la V^e République, lire : « La Constitution de la V^e République », Université de Perpignan, numéro spécial, *Cahiers de l'université de Perpignan*, 1990 ; « La V^e République », articles du *Monde* rassemblés sous la direction de Jean-Louis ANDRÉANI, *Le Monde*, 1995 ; Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996.

91. L'examen des constitutions du Maroc, de la Tunisie, du Congo, de la Côte d'Ivoire, de l'Algérie, est instructif.

92. Les scrutins permettent l'expression des suffrages aux diverses élections.

93. Relire MACHIAVEL, *Le Prince*, Le Livre de poche, 1962.

B - Les bonnes intentions

De bonnes intentions président à la réflexion prudente sur les écoutes administratives.

1. Débats et questions parlementaires

Si le Parlement ne joue plus qu'un rôle marginal dans la prise des décisions, il a toujours pour mission de contrôler l'exécutif, même si tous les moyens ne lui sont pas donnés pour le faire.

La licéité va de pair avec les intérêts corporatistes : les parlementaires ne remettent pas en cause la légalité ou la licéité des écoutes administratives. Ils s'interrogent sur les dérives possibles dans l'application de la décision 1 E⁹⁴.

2. La commission Marcilhacy

La montée en charge, la répétition des questions sur les écoutes administratives débouche, le 19 juin 1973, sur un débat relatif aux écoutes téléphoniques administratives, qui évoque non seulement les modalités, mais aussi la licéité des écoutes administratives.

Le sénateur René Monory demande des informations sur les textes légaux ou réglementaires qui pourraient justifier la pratique des écoutes. Il exige une confirmation ou une infirmation des écoutes dont seraient l'objet des parlementaires.

Le secrétaire d'État Olivier Stirn explique la fonction du GIC, affirme que les écoutes téléphoniques administratives sont employées pour lutter contre la subversion, les grèves insurrectionnelles, les groupes politiques⁹⁵ dont l'objectif explicite ou implicite est la destruction des institutions. Il assure que les parlementaires ne sont pas écoutés, reconnaît qu'une commission permettrait de travailler sur l'ensemble de la problématique ; il s'oppose cependant à la création de cette commission d'enquête : elle impliquerait la dérivation de certains renseignements qui pourraient nuire à l'intérêt général.

Peu satisfait par ce raisonnement, René Monory présente une proposition de résolution visant à créer une commission de contrôle sénatoriale. « Il est créé une

94. En mai-juin 1970, lorsque le Parlement débat de la protection de la vie privée, des parlementaires s'inquiètent de l'utilisation abusive des écoutes administratives. François Mitterrand, député de la Nièvre, ministre de l'Intérieur sous la IV^e République, pendant la guerre d'Algérie, avait fait procéder à des écoutes administratives : il le reconnaît. Il se demande si le système, conçu pour défendre l'intérêt public, l'intérêt général, ne peut pas être détourné au profit d'intérêts particuliers, à des fins partisans. De quelles garanties le citoyen bénéficie-t-il ? Selon le ministre Pleven, la garantie réside dans la conscience des ministres, dans leur bonne moralité. Il admet que l'institution d'un moyen de contrôle indépendant serait plus sûr que l'excellente moralité des gouvernants.

95. Il s'agit vraisemblablement des groupes politiques d'extrême droite et surtout d'extrême gauche, qui, après 1968, remettent en cause l'ordre social établi et pratiquent l'agitation sous le regard avisé des Renseignements généraux.

commission de contrôle de vingt membres, conformément à l'article 6 de l'ordonnance n° 58 100 du 19 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires concernant la gestion financière et technique des services assurant la surveillance de certaines communications téléphoniques privées et relevant notamment de l'autorité du Premier ministre, du ministre de la Défense nationale, du ministre de l'Intérieur et du ministre des P et T. Cette mission devra notamment vérifier les missions imparties à ces services, les moyens en personnels et en matériels qui leur sont affectés, apprécier d'une façon détaillée la quantité et la qualité des tâches qu'ils exécutent et s'assurer de la conformité de ces tâches aux lois et règlements en vigueur. »

La proposition de résolution est adoptée au Sénat le 29 juin 1973 par 236 voix contre 41. La Commission est placée sous la présidence du sénateur Marcilhacy ; le rapporteur est M. Monory.

Après quatre mois de travaux, la commission remet son rapport le 27 octobre 1973. Elle se plaint de difficultés qu'elle a rencontrées dans sa mission, auprès du GIC, des membres du gouvernement, de certains fonctionnaires et magistrats, de l'impossibilité d'accéder à certaines archives.

La commission décrit la situation telle qu'elle a été en mesure de l'analyser dans ce contexte précaire. Elle ne remet pas en cause les écoutes administratives qui « peuvent être admises essentiellement lorsque la sûreté de l'État est manifestement menacée ou lorsqu'il s'agit de lutter contre certaines formes de criminalité ». Elle considère que le fondement juridique des écoutes administratives est la loi. Elle élabore une proposition de loi concernant l'ensemble des écoutes téléphoniques.

Article III : « Les services publics qui effectuent des interceptions sont placés sous l'autorité d'un magistrat du siège à la Cour de cassation. Ce magistrat est notamment responsable du contrôle des autorisations, dont doivent être munis les fonctionnaires et agents du gouvernement appelés à procéder à des interceptions de communications téléphoniques, à l'occasion de missions intéressant la sûreté de l'État. » Les interceptions ne peuvent être effectuées qu'avec l'autorisation expresse du Procureur de la République.

Le magistrat est choisi par le gouvernement, pour une durée de cinq ans, sur une liste de trois magistrats établie par l'Assemblée générale de la Cour de cassation. Il est assisté de deux magistrats du siège à la Cour de cassation, désignés selon la même procédure. La commission privilégie donc le rôle des magistrats présumés indépendants. La proposition de loi n'est pas mise à l'ordre du jour. Le rapport est rendu public et ne donne lieu à aucune suite. Les ministres et chefs de gouvernements donnent des gages de « bonne conduite » sous forme de déclarations.

En mai 1974, le Premier ministre, Jacques Chirac, affirme que le président Giscard d'Estaing a donné des instructions pour que les écoutes administratives ne puissent être utilisées que pour la poursuite du crime sous toutes ses formes et pour la sécurité du territoire⁹⁶. Toujours sous la présidence de Valéry Giscard d'Es-

96. Le ministre de l'Intérieur de l'époque, Michel Poniatowski, proclame : « La règle est la suppression des écoutes avec des dérogations précises. »

taing, il est procédé en novembre 1980, à l'instigation du chef de l'État, à une vérification du GIC⁹⁷.

II - LA COMMISSION SCHMELCK ET L'ARRÊT FÉRIGNAC

En 1981, sous la présidence de François Mitterrand, Gaston Deferre, ministre de l'Intérieur, insiste sur son désir « d'en finir pour toujours avec les écoutes ». Le chef du gouvernement crée la commission Schmelck précitée. Les travaux les plus complexes sont afférents aux interceptions administratives⁹⁸. Les conclusions de cette étude sont circonstanciées et sérieuses en raison des conditions dans lesquelles la mission a pu être menée.

A - La politique des écoutes administratives

Ces dernières, hiérarchisées, sont requises dans le cadre de la décision Debré et par l'instruction générale sur la protection du secret de la Défense du 27 juillet 1966.

Les demandes sont motivées, dans la pratique, par l'atteinte à la sûreté intérieure et extérieure de l'État, par la lutte contre le grand banditisme, par la lutte contre le terrorisme, par la lutte contre l'espionnage militaire et scientifique.

La demande d'interception est normalisée : elle donne lieu à l'établissement d'un document dénommé « carton » destiné au GIC. La Direction de la protection et de la sécurité de la Défense établit une fiche qui contient des indications permettant l'identification de la ligne mise sous surveillance. Un contingent de demandes est réparti entre le ministère de l'Intérieur et le ministère de la Défense. Les demandes émanant du ministère de l'Intérieur ou du ministère de la Défense doivent être approuvées par le ministre compétent. Aucune mesure d'interception n'est possible sans l'accord du Premier ministre ou de son délégué.

Le GIC recueille ensuite la signature du ministre des PTT, qui a eu connaissance de la ligne à écouter, identifiée par le numéro d'appel du nom de la commune, mais non de l'identité de l'abonné⁹⁹. En cas d'urgence, un accord verbal est délivré par les services du Premier ministre¹⁰⁰. La transcription des enregistrements est transmise aux services demandeurs et, pour contrôle, aux services du Premier

97. Le 26 novembre 1980, une dépêche de l'AFP indique : « Une vérification du fonctionnement de l'organisme chargé notamment des écoutes téléphoniques, effective mardi, a montré que les directives du Président d'interdiction absolue "de caractère politique ou personnel" des écoutes administratives étaient strictement respectées, indique-t-on mercredi matin à l'Élysée. » Cette vérification inopinée des activités du GIC, organisme responsable des écoutes, a été faite sur « instruction expresse du chef de l'État ».

98. Contrairement à la commission Marcihacy qui s'était heurtée à de nombreux obstacles, la commission Schmelck a collaboré avec les services soumis au « secret défense », ceux du GIC.

99. Ces indications relèvent de la protection liée au secret défense.

100. La régularisation a lieu dans les 24 heures ou les 48 heures qui suivent.

ministre. Les bandes sont réutilisées après effacement. Le produit des interceptions est détenu par le service utilisateur dans un délai variable. La durée des interceptions a longtemps été indéterminée. Une circulaire du 20 avril 1982 a fixé à six mois la durée d'exemption d'une mesure de surveillance ; le renouvellement est possible. Le GIC est bien organisé ; là où il n'existe pas, des dérives sont envisageables.

B - Les propositions de la commission Schmelck

Les propositions de la commission Schmelck tendent à conserver le corpus existant, dans la mesure où il est compatible avec les sources de droit.

Les interceptions de sécurité auront un caractère d'exception. La commission propose les motifs suivants : la recherche de renseignements intéressant la sécurité de la France, la prévention des atteintes à la sûreté de l'État, la prévention des atteintes à la sécurité publique, la prévention du grand banditisme et du crime organisé.

L'exécution des interceptions sera circonscrite : les renseignements qui n'ont aucun rapport avec les motifs légaux doivent être réduits ; les documents seront détruits dès qu'ils ne seront plus indispensables.

Une loi servirait de base juridique aux interceptions de sécurité. Un débat s'est instauré au sein de la commission : l'autorisation devrait être accordée par un magistrat de l'ordre judiciaire ou par une autorité gouvernementale.

Une partie des membres de la commission se sont ralliés à la solution du magistrat. Il y aurait ainsi unicité d'autorisation de l'ensemble des écoutes au niveau de l'ordre judiciaire. Toutefois la majorité des membres de la commission est favorable à l'autorisation gouvernementale. L'institution du juge bouleverserait l'édifice existant. De plus, les interceptions de sécurité concernent surtout l'exécutif. Le caractère d'urgence paraît peu conciliable avec une procédure d'autorisation préalable confiée à un juge. Ces mesures serviront de référence, même si le rapport Schmelck n'a pas de suite immédiate.

La commission Schmelck constate que le système des écoutes administratives n'a pas de fondement juridique incontestable.

C - L'arrêt Férygnac

La pratique des écoutes administratives n'a pu être évoquée devant les juridictions. L'arrêt Férygnac du Conseil d'État du 17 décembre 1976 en est une illustration¹⁰¹. Les plaignants sont en effet dans la quasi-impossibilité d'apporter la preuve de la surveillance.

M. Férygnac avait saisi en référé le président du tribunal administratif de Paris afin qu'un constat soit dressé sur les conditions dans lesquelles étaient, selon lui,

101. CE Ass., 17 décembre 1976, Férygnac. Rec. Lebon 553, conclusion Mme Latournerie, 17 décembre 1976, B - JCP, 78, Éd. G, 18979, note F. Hamon.

pratiquées des interceptions sur sa ligne téléphonique personnelle. Responsable fédéral d'un parti politique et élu local, il était persuadé de faire l'objet d'écoutes administratives. Il présentait des demandes précises :

- condition des personnes concernées ;
- visites de centres d'écoute, et notamment du centre du mont Valérien ;
- recueil des déclarations afférentes aux liaisons dites « spécialisées, d'intérêt privé », leur nature, les conditions de mise à disposition ;
- visite des centres d'écoute reliés par de telles liaisons, et des centres de Paris et d'Antony ;
- ouverture dans les centraux téléphoniques des armoires plombées du ministère de l'Intérieur ;
- vérification des installations du centre de câbles à longue distance « Saint-Amand » de Paris ;
- recherche des instructions qui ont permis d'effectuer les installations et opérations.

Par une ordonnance du 17 juillet 1975, le juge des référés du tribunal administratif de Paris rejette les demandes.

À la même époque, M. Benassi, également élu et responsable fédéral d'un parti politique, tente la même démarche auprès du président du tribunal administratif de Marseille, avec le même insuccès¹⁰².

MM. Férignac et Benassi font appel devant le Conseil d'État. Les deux requêtes sont jointes pour examen. C'est Mme Latournerie qui est commissaire du gouvernement dans cette affaire. Elle procède à un rappel de la procédure du référé devant les tribunaux administratifs. Le référé implique l'urgence ; les mesures demandées ne doivent pas faire préjudice au principal, ni obstacle à l'exécution d'une décision administrative ; elles doivent être utiles. La jurisprudence a toujours rejeté les référés, lorsque les conclusions ne se rattachent pas à un litige relevant de la compétence du juge administratif¹⁰³ ou lorsque les actions en vue sont entachées d'une irrecevabilité manifeste¹⁰⁴. Enfin, dans le cadre d'un référé, le juge administratif ne fait pas abstraction des principes généraux qui déterminent ses pouvoirs lorsqu'il est saisi de conclusions au fond : il ne peut pas confier à un expert l'examen de questions de droit, ni l'amener à se prononcer sur la qualification juridique des faits¹⁰⁵.

MM. Férignac et Benassi demandent-ils implicitement la vérification de l'existence des écoutes téléphoniques ? Mme Latournerie ne le croit pas. Les requérants sont bien renseignés sur les écoutes téléphoniques ; ils ne peuvent ignorer que le délai séparant un jugement d'une expertise se traduirait par une suppression du dispositif.

Les mesures demandées par MM. Férignac et Benassi répondent en partie aux conditions exigées en matière de référé administratif. Elles ne préjudicient pas au

102. TA, référé Benassi, 10 juillet 1975.

103. S 15 juillet 1957, Ville de Royan c/ Sté des casinos de Royan, p. 99 ; 14 février 1964, SA produits chimiques Pechiney Saint-Gobain, p. 113 ; 20 décembre 1968, commune de Villamer, p. 113.

104. S 13 juillet 1956, secrétaire d'État à la reconstruction et au logement, p. 338 ; 15 juillet 1959, sieur Matheray dit Philippe Clay, p. 467.

105. S 17 décembre 1966, ministre de la Reconstruction et du Logement, p. 484.

principal ; elles ne confient pas à un expert de question de droit ; le juge administratif n'est pas convié à adresser des injonctions à l'administration¹⁰⁶ (MM. Férignac et Benassi souhaitent des investigations et des constats.) Les mesures se rattachent à un litige relevant de la compétence du juge administratif.

Les requérants pourraient par exemple envisager d'intenter une action en responsabilité contre l'État en arguant de ce que le ministre des P et T n'a pas pris les dispositions nécessaires pour assurer le respect du secret de la correspondance¹⁰⁷. L'action n'est pas entachée d'une irrecevabilité manifeste¹⁰⁸. Ces mesures sont-elles utiles ? Cela ne semble pas certain. Si la recherche des instructions générales correspond à une utilité pour MM. Benassi et Férignac qui estiment être visés par ces textes, les autres mesures demandées ne sont pas de nature à sauvegarder ou à protéger un droit. Surtout, le caractère d'urgence sera écarté. Si la ligne personnelle des requérants est munie d'un dispositif de fait, l'inaction du juge de référé ne compromet en rien les prétentions des requérants.

Le Conseil d'État déboute M. Férignac. Ce dernier ne produit aucune précision à l'appui de ses allégations. La recherche envisagée ne présente pas de caractère d'urgence. Les mesures ne sont pas utiles, « celles des investigations et vérifications que le sieur Férignac demande au juge des référés d'ordonner et qui portent sur le fonctionnement général du service des écoutes téléphoniques n'auraient pour résultat que de confirmer des faits déjà connus, dont l'existence n'est pas contestée par les observations ministérielles ».

La preuve est généralement couverte par le « secret défense ». Le secret défense est d'ailleurs opposable à une juridiction¹⁰⁹. Une autorité publique est tenue de référer à la convocation du juge. Elle doit cependant opposer à toutes les investigations le secret défense. En cas de refus de témoignage, la juridiction s'assure auprès du ministère du bien-fondé de ce refus. Si celui-ci est confirmé, la juridiction en prend acte.

Un agent public peut refuser d'accomplir un ordre s'il est manifestement illégal et compromet le fonctionnement du service public ou un intérêt public¹¹⁰. L'agent public prend rarement l'initiative de décider que les conditions ci-dessus mentionnées sont réunies.

Non condamnée par les tribunaux, la pratique des écoutes administratives est-elle contraire au droit ? La doctrine est partagée : M. Pierre Kayser considère que les « écoutes administratives sont contraires aux anciennes dispositions de l'article L42 du code des P et T ». Toute personne, qui, sans l'autorisation de l'expéditeur ou du destinataire, divulgue, publie, utilise le contenu des correspondances transmises par

106. Ce qui est illicite. CE, Ass., 22 juin 1963.

107. TC, 24 juin 1968. Cela ne signifie pas que les requérants obtiendraient gain de cause. L'article L37 de l'ancien code des PTT stipule que l'État n'est soumis à aucune responsabilité en raison du service de la correspondance privée sur le réseau des télécommunications.

108. Le célèbre arrêt du Conseil d'État, 17 février 1950, ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte, rappelle que toute décision administrative qui n'est pas un acte de gouvernement peut être déferée au titre de l'excès de pouvoir.

109. La détention d'un secret de la Défense nationale ne peut être divulguée à une juridiction (avis n° 313313 du Conseil d'État sur le secret défense en date du 19 juillet 1974).

110. Conseil d'État, 10 novembre 1944, Rec. Lebon, p. 288 D., 1944, p. 88 ; JCP, 1945, II 2852. note Chavanon ; Conseil d'État, 2 décembre 1959, demoiselle Sinay.

la voie radioélectrique ou révèle leur existence, est punie des peines précisées dans l'article 378 de l'ancien code pénal. D'autres spécialistes du droit font remarquer que ce texte vise les communications par voie radioélectrique et non les communications téléphoniques.

La commission est cependant d'avis que les écoutes administratives sont peu compatibles avec les anciennes dispositions de l'article L41 du code des P et T¹¹¹. Par ailleurs, les écoutes téléphoniques administratives peuvent être assimilées aux délits punis par l'article 368 de l'ancien code pénal, dans sa rédaction issue de l'article 23 de la loi n° 43 du 17 juillet 1970¹¹².

La pratique des écoutes administratives n'est pas non plus conforme aux dispositions constitutionnelles, notamment, à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789¹¹³. Et c'est l'article 34 de la Constitution qui doit fixer les règles relatives aux écoutes téléphoniques administratives. Enfin, la pratique des écoutes administratives est contraire aux engagements internationaux de la France.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a incorporé dans le droit interne, la loi n° 84.46 du 25 juin 1980 et le décret n° 81.76 du 29 janvier 1981¹¹⁴. Il précise que c'est la loi qui doit protéger toutes les personnes physiques contre d'éventuelles atteintes à l'intimité de la vie privée ou au secret de la correspondance. Pour le juriste français, la loi correspond au champ d'application de l'article 34 de la Constitution.

§ II - ÉCOUTES ADMINISTRATIVES ET CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, RÉFÉRENCES

I - LES POSITIONS DE LA CEDH

La pratique française des écoutes administratives est en contradiction avec la Convention européenne des droits de l'homme. La France a hésité avant de rati-

111. Ancien L41 du code P et T : « Tout fonctionnaire, et toute personne admise à participer à l'exécution publique du service, qui viole le secret de la correspondance confiée au service des télécommunications est puni des peines portées à l'article 87 du code pénal. »

112. « Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2 000 à 50 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie d'autrui, en écoutant, en enregistrant ou transmettant au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne sans le consentement de celle-ci. »

113. « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

114. Article 17, paragraphe 1 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. »

fier cette Convention, mais dans les années 1980 elle a souscrit à ce texte, y compris à l'article 25¹¹⁵ de la Convention (décret n° 81.917 du 9 octobre 1981). L'État français est tenu d'appliquer la jurisprudence de la CEDH.

A - La leçon de l'arrêt Klass : les écoutes administratives peuvent être contraires au droit

L'affaire Klass¹¹⁶ a joué un rôle éminent dans l'approche des interceptions de sécurité au niveau européen.

1. L'affaire Klass et autres

Cette affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des droits de l'homme.

1.1. Les faits

Gerhard Klass, Peter Lubberger, Jürgen Nussbuch, Hans-Jürgen Pohl et Dieter Selb avaient saisi la Commission européenne des droits de l'homme le 11 juin 1971 en vertu de l'article 25 de la Convention.

Les requérants sont des ressortissants de la République fédérale d'Allemagne. Ils arguent de ce que l'article 10, alinéa 2, de la Grundgesetz et la loi du 13 août 1968 (*Gesetz zur Beschränkung des Brief, Post und Fernmelde Geheimnisses*), promulguée en vertu de cette disposition, est contraire à la Convention.

Ils admettent que l'État allemand a le droit de recourir à des mesures de surveillance. Ils attaquent la législation parce qu'elle n'oblige pas les autorités à aviser *a posteriori* les intéressés et qu'elle exclut tout recours contre les tribunaux. Ils avaient auparavant épuisé les voies de recours internes, ayant été déboutés par la Cour constitutionnelle fédérale.

Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, les puissances d'occupation en Allemagne s'étaient chargées de la surveillance de la correspondance sur l'ancien territoire du Reich¹¹⁷. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne obtint par la suite de substituer aux droits des puissances son droit interne¹¹⁸.

La loi du 24 juin 1968 est adoptée. Elle indique les motifs susceptibles de permettre les écoutes et les enregistrements téléphoniques. La surveillance n'est licite que si l'établissement des preuves ne peut être obtenu par aucun autre moyen. L'intéressé n'est pas prévenu des restrictions le concernant mais, depuis un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale, l'autorité responsable doit signaler les res-

115. Cet article de la Convention permet les recours individuels.

116. CEDH. Affaire Klass et autres, 6 septembre 1978.

117. Dans la RFA de cette époque, ce sont surtout les Américains qui se sont chargés de cette mission particulière, dans le contexte particulier de l'après-guerre : défaite des nazis, début de la guerre froide.

118. Ce processus fut facilité par la cohabitation antagoniste de l'ex-RDA et de la RFA. Cette dernière, pour l'OTAN, se devait d'avoir un gouvernement doté de tous les attributs du pouvoir.

trictions dès que la notification peut se faire sans compromettre le but de l'interception. Soulignons que les autorités responsables ont donné une interprétation restrictive de cet arrêt, ne voulant pas faire courir le moindre risque à la sécurité nationale ou internationale.

MM. Klass, Lubberger, Nussbuch, Pohl et Selb estimaient avoir été l'objet d'écoutes téléphoniques, mais n'avaient aucune possibilité de le prouver. Ils n'ont pas hésité cependant à intenter des actions en justice. Ils ont été déboutés, notamment par la Cour constitutionnelle fédérale qui a souligné : « Pour pouvoir former un recours constitutionnel contre une loi, il faut alléguer que cette dernière, et non un acte d'exécution, viole un droit fondamental. »

De nombreux juristes allemands ont d'ailleurs prêté des intentions malicieuses à MM. Klass, Lubberger, Nussbuch, Pohl et Selb, prétendant qu'ils ne cherchaient pas à obtenir la protection des juridictions allemandes, mais à tester la réactivité du système à l'occasion de l'application de la loi du 24 juin 1968. Ces allégations, au demeurant, ne reposent sur aucune preuve.

Il est néanmoins certain que ces messieurs étaient animés par une farouche détermination. Ainsi, après l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale, ils saisissent la Cour européenne des droits de l'homme. *De facto*, ils considèrent avoir démontré par l'absurde que la loi de 1968 exclut les recours.

Le gouvernement allemand, de son côté, a fait valoir que les requérants n'avaient pas un intérêt pour agir : ils ne pouvaient se prétendre victimes. MM. Klass, Lubberger, Nussbuch, Pohl, Selb ne savaient pas s'ils avaient été l'objet d'écoutes téléphoniques. Ils ne prétendaient pas avoir établi une violation individuelle de leurs droits. Ils cherchaient, sur « la base de l'éventualité purement hypothétique d'être soumis à une surveillance », un contrôle de la législation allemande, prétendument litigieuse.

La commission et la Cour européenne des droits de l'homme sont, selon le gouvernement, incompétents. Leur rôle est de contrôler la bonne application de la Convention quand un requérant s'estime victime d'une violation de ses droits et n'a pu obtenir satisfaction par les voies de recours internes, non pas d'entrer dans des arguties idéologiques qui se dissimulent sous des arguments juridiques. La presse allemande de l'époque reflète¹¹⁹ une certaine irritation contre ces hommes qui auraient l'outrecuidance de jauger la démocratie allemande.

1.2. Le droit

La commission estime que la Cour est compétente pour déterminer si les requérants peuvent se prétendre victimes. Les membres de la Commission estiment qu'il ne faut pas regarder les requérants comme de simples victimes hypothétiques.

La question principale est la suivante : la Cour européenne des droits de l'homme doit-elle priver quelqu'un de la faculté d'introduire une requête parce que le caractère secret (et volontairement secret) des mesures litigieuses l'empêche de signaler une mesure concrète qui le toucherait spécifiquement ?

La finalité de la Convention européenne des droits de l'homme est la protection de l'individu. Si le droit empêche un individu de prouver qu'il a subi un abus,

119. Y compris dans les journaux à grand tirage *Die Welt*, *Der Spiegel*.

la Commission est d'avis qu'il faut interpréter largement le recours individuel¹²⁰. La Commission indique que MM. Klass, Lubberger, Nussbuch, Pohl et Selb peuvent se présenter comme des victimes directes d'une violation de leurs droits. Les clauses procédurales de la Convention sont appliquées de façon à rendre efficace et non virtuel le système de requêtes individuelles.

La Cour européenne accepte qu'un individu puisse, sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par une législation sans devoir prouver que la législation lui a été appliquée. Il y a donc lieu de rechercher si, en raison de la législation contestée, les requérants ont été victimes d'une violation. Cette jurisprudence est essentielle : elle donne une interprétation extensive du droit de requête individuelle, qui ne doit pas être oblitéré par des mesures internes (« les clauses procédurales »).

MM. Klass, Lubberger, Nussbuch, Pohl et Selb estiment qu'il a été porté atteinte à l'article 8 de la Convention qui protège la sphère privée et la correspondance.

La réponse de la Cour comprend deux types d'argumentations :

– La Cour indique que, quand un État établit une surveillance secrète dont les personnes intéressées ignorent l'existence et qui, de ce fait, est inattaquable, l'article 8 risque d'être vidé de son contenu. Une dérive est envisageable. La législation de la RFA aurait institué une surveillance qui expose chacun au contrôle de sa correspondance postale et téléphonique. La Commission et la Cour admettent toutes deux que les conversations, par voie de télécommunications, même si elles ne sont pas explicitement citées au paragraphe 1 de l'article 8, sont comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance ». Les écoutes administratives sont dans le champ d'application de l'article 8 et la CEDH est compétente pour examiner si les interceptions ne violent pas l'article 8 de la Convention.

– L'ingérence est-elle justifiée par exception ? Les requérants estiment que les pouvoirs confiés aux autorités allemandes sont susceptibles d'induire des abus et ne peuvent constituer un moyen de défense légitime pour la protection de l'État démocratique¹²¹. La Cour examine la loi de 1968 pour déterminer si elle contient des garanties suffisantes contre des abus. Après un examen minutieux, la Cour ne perçoit, ne reconnaît pas le danger de tels abus. L'article 8 de la Convention n'a donc pas été violé.

2. L'arrêt Klass et les États européens

Cet arrêt concerne l'ensemble des États européens démocratiques. La RFA avait institué une loi qui était afférente, non seulement aux écoutes judiciaires, mais aux écoutes administratives. La majorité des autres États européens n'ont pas de législation, mais procèdent à des interceptions de sécurité. Ils n'ignorent plus désormais que la requête individuelle d'un ressortissant pourrait être jugée recevable et que l'absence de garanties, prévues par la loi allemande (mais inexistantes

120. Puisque la vocation de la Convention est la protection des libertés.

121. Le concept de démocratie et d'État démocratique est au centre de la Constitution de la RFA. Cf. Paul GROSSMANN, *Demokratie in Deutschland als Problem und Aufgabe*, Don Bosco Verlag, 1976.

dans certains pays voisins), pourrait amener la Cour européenne à déclarer que l'article 8 a fait l'objet d'une violation. La Cour peut déclarer que les citoyens d'un État voient leur vie privée atteinte par une ingérence infondée, dans le cadre d'écoutes administratives.

Dans son arrêt du 6 septembre 1978, la Cour a conclu que la législation de 1968 avait un but légitime : la défense de l'ordre, la prévention d'infraction pénale. La loi allemande a défini des conditions strictes dans l'application des mesures de surveillance, le traitement des renseignements recueillis et a institué des organismes de contrôle. Tout cela est souvent inopérant dans plusieurs autres États-nations européens.

En France, il est clair que l'arrêt *Klass* a eu une influence sur l'exécutif, et qu'il est indirectement à l'origine de la constitution de la commission Schmelck. Cette dernière¹²² prévoit une loi et un système de garanties qui pourraient mettre la France à l'abri d'une éventuelle condamnation pour infraction à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

B - La condamnation de la Grande-Bretagne pour violation de l'article 8

Plus important encore, apparaît, de ce point de vue, l'arrêt *Malone* du 2 août 1984 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme.

1. L'arrêt *Malone*

L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des droits de l'homme le 16 mai 1983. À l'origine, James Malone a saisi la Commission le 19 juillet 1978 en vertu de l'article 25. La requête individuelle est dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

1.1. Les faits

James Malone fut, le 22 mars 1977, inculpé de plusieurs délits de recel de biens volés. Son procès aboutit à une relaxe sur plusieurs points. Lors d'un procès suivant, il sera acquitté pour insuffisance de preuves¹²³.

Lors du premier procès, l'avocat de l'accusation reconnaît que James Malone avait fait l'objet d'écoutes téléphoniques en vertu d'un mandat délivré par le ministre de l'Intérieur.

James Malone, après son acquittement, engagea une action civile contre le préfet de police du Grand Londres, devant la Chancery Division de la High Court, car il considérait que l'interception, la surveillance et l'enregistrement de ses conversations téléphoniques étaient illicites (ils avaient été effectués sans son consente-

122. Cf. chapitre premier, section II.

123. Le système anglais aboutit à beaucoup d'acquittements pour « insuffisance de preuves ». Le concept de preuve est privilégié dans le droit anglais, surtout en matière pénale.

ment¹²⁴), même s'ils se fondaient sur un mandat du ministre de l'Intérieur. Malone fut débouté.

James Malone estime en fait que ses correspondances postales et téléphoniques sont interceptées depuis plusieurs années. Il ne dispose pas de preuves, mais appuie sa conviction sur des problèmes de distribution, des indices d'ouverture de courrier, des bruits dans son téléphone. James Malone pense, en outre, que sa ligne a été reliée à un instrument de « comptage ». Au moment de son inculpation, ses correspondants firent l'objet de perquisitions domiciliaires ; James Malone ne croit guère à des coïncidences.

En Angleterre, l'interception des communications se pratique depuis longtemps en vertu d'un mandat délivré par le ministre de l'Intérieur.

Devant la Chancery Division, le vice-président défendit le système des écoutes administratives à « l'anglaise ». Le vice-président affirma qu'il n'existait pas de droit de propriété sur le texte d'une conversation téléphonique. James Malone ne peut donc prétendre qu'il a subi un préjudice dans la mesure où une atteinte aurait été portée à ses droits patrimoniaux¹²⁵. L'écoute téléphonique pratiquée dans les locaux du Post-Office n'équivaut pas à une violation de domicile. James Malone n'est pas susceptible d'invoquer la violation de domicile.

Surtout, le droit anglais ne garantit aucun droit général à l'intimité, ni aucun droit à échanger chez soi des conversations téléphoniques sans intrusion de tiers. En conséquence, James Malone, ayant épuisé les voies de recours interne, saisit la Cour européenne des droits de l'homme. Il a eu connaissance des conclusions de l'arrêt *Klass*. Ces conclusions lui paraissent ouvrir une voie à une éventuelle reconnaissance de ses droits.

La commission et la CEDH ont admis qu'un requérant victime d'écoutes administratives pouvait introduire un recours individuel même en l'absence de preuves de l'acte présumé illicite. Dans son cas, le fait est allégué. Dans l'affaire *Klass*, la loi allemande prévoyait des garanties en matière d'écoutes administratives. James Malone et ses avocats sont convaincus que des garanties comparables ne peuvent être reconnues dans l'état de droit britannique. Entre le dépôt de la requête de James Malone et l'arrêt de la CEDH, le gouvernement britannique a réfléchi sur la nécessité de légiférer dans le domaine des interceptions de communications. Dans son rapport de janvier 1981 au Parlement, la commission royale sur la procédure pénale se penche sur l'opportunité d'une loi¹²⁶.

Le gouvernement ne suit pas ces recommandations. Il considère que le système des écoutes administratives est fiable, qu'il est en conformité avec les grands principes du droit anglais. Il ne convient pas de modifier ce qui a fait preuve de son efficacité et de sa licéité.

124. En droit français, la notion de consentement est essentielle, cf. Blin, *JCP*, Pen - 368 372, n° 15, Chavanne, *Revue sc. crim.*, 1971, p. 614, Pradel, D., 1971, chr., p. 111, n° 20, D., 1981, p. 332 - Vitu, *Droit pénal spécial*, p. 1650.

125. En France, il n'existe pas davantage de droit de propriété sur le texte d'une conversation téléphonique. Cette dernière est protégée par les droits extra-patrimoniaux.

126. Rapport de la Commission royale sur la procédure pénale, janvier 1981 : « Nous recommandons dès lors que la loi réglemente l'utilisation par la police de mécanismes de surveillance. »

1.2. Le droit

Le gouvernement anglais ne nie pas la réalité des faits allégués par James Malone. Il sait que l'arrêt *Klass* a conclu que les communications par voie de télécommunications sont comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » au sens de l'article 8. L'interception est une ingérence d'une autorité publique, qui peut se justifier au nom de l'intérêt général. Enfin, le Royaume-Uni se félicite des arrêts *Sunday Times* et *Silver*¹²⁷ où la notion de loi, au sens de la jurisprudence de la CEDH, admet « le common law » et « le statute law ».

La question posée est de déterminer si le droit interne du Royaume-Uni, dans la pratique des écoutes administratives, présente des « normes juridiques accessibles » et des garanties suffisantes. Les juristes britanniques défendent la licéité de leurs traditions.

La CEDH ne suit pas leurs arguments. La Cour considère que le droit anglais et gallois relatif à l'interception de communications pour les besoins de l'autorité publique est obscur, peu accessible¹²⁸. Un degré minimal de protection juridique fait défaut. Les interceptions sont acceptables dans une société démocratique si elles ne sont pas abusives. En Grande-Bretagne, le risque d'abus existe. Les garanties sont insuffisantes. Ces abus pourraient induire des conséquences négatives pour le corps social et la société démocratique.

La Cour européenne des droits de l'homme applique le même raisonnement à l'interception téléphonique et au procédé de comptage. Elle condamne le Royaume-Uni, dans l'affaire *James Malone*, pour violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le Royaume-Uni est tenu d'en tirer les conséquences et d'adapter son droit, en matière d'écoutes administratives, à la jurisprudence de la CEDH.

À l'occasion de l'arrêt *Malone*, est jointe au jugement l'opinion concordante du juge Perretti. Ce dernier pose la problématique de la société démocratique, de ses exigences sécuritaires, face aux innovations technologiques. Le juge Perretti est assez pessimiste quant au bien-fondé de l'équilibre entre les nécessités de l'ordre public et la protection des libertés individuelles. Il insiste sur le péril que connaissent les sociétés démocratiques face à la tentation permanente des pouvoirs publics de bien connaître la situation des citoyens. Les fichiers, informatisés ou non, existent partout. Le « profil » ou profilage est une pratique délétère trop répandue. Les écoutes sont un instrument de cette quête/enquête permanente. L'écoute est de plus en plus efficace. La plupart des États qui ont ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme comprennent la nécessité de légiférer pour mettre un terme aux abus. Même lorsqu'il s'agit d'écoutes afférentes au contre-espionnage, à la sûreté de l'État, la plupart des législations prévoient des modalités de contrôle.

Selon M. Perretti, des contre-mesures apparaissent justifiées : droit à l'effacement, droit à la restitution des bandes. L'individu, selon M. Perretti, est menacé par le développement des technologies nouvelles, par la société de l'information.

127. CEDH, arrêt *Silver* et autres, 13 mars 1983, série A, n° 61, p. 32-33.

128. Il est ainsi sujet à des analyses divergentes : Rapport décision Cour sup. de justice du grand-duché du Luxembourg, 20 novembre 1980, Cour de cassation des Pays-Bas, 10 avril 1979, en l'absence de texte ; Louis PETITI, *Gaz. Pal.*, 1981, 1, doc. 236.

« La mission du Conseil de l'Europe et de ses organes est d'empêcher l'instauration de régimes et de méthodes qui feraient des "Big Brothers" les maîtres de la vie privée des citoyens. »

2. La nécessaire adaptation du droit français

La France est tenue de tirer les conséquences des arrêts Klass et Malone. La démarche suivie dans l'affaire Klass et dans l'affaire Férygnac est similaire. Dans les deux cas, les requérants se trouvaient dans l'impossibilité de prouver l'existence d'éventuelles écoutes administratives, qui avaient un caractère secret. Dans les deux cas, les requérants ont été déboutés par les juridictions internes¹²⁹. L'arrêt Klass a clairement indiqué que l'absence de preuves, dans ce contexte où il est quasi impossible d'en rassembler, ne pouvait empêcher les plaignants de voir leurs plaintes considérées comme recevables sur la base de l'article 25 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

En revanche, dans l'hypothèse où un particulier saisisrait la CEDH, le jugement aurait été sans doute moins favorable à la France qu'à l'Allemagne. Il est peu vraisemblable que la CEDH aurait assimilé la décision n° 1E à « la loi » au sens de la jurisprudence de la CEDH. Il est encore moins vraisemblable que la CEDH eût reconnu que la décision n° 1E présentait des caractères d'accessibilité, de clarté, et qu'elle garantissait suffisamment, dans ses modalités d'application, les droits des citoyens.

La France aurait été, comme le Royaume-Uni, condamnée pour violation de l'article 8 de la Convention : les écoutes administratives n'étaient pas prévues par la loi. En outre, elles étaient contraires à la Constitution française.

Il est donc urgent de faire cesser le quasi-vide juridique en matière d'écoutes de sécurité. La France doit respecter la « hiérarchie » des normes, se mettre en concordance avec la jurisprudence de la CEDH, en cohérence avec l'état des droits des autres pays membres de la Communauté européenne qui ont été contraints de réagir devant la jurisprudence de la CEDH, émanation du Conseil de l'Europe.

Enfin, bien qu'elle se soucie de la sécurité, la France, pour des raisons économiques, n'a pas intérêt de rompre avec son image traditionnelle de modèle référentiel en matière de droits de l'homme. Les droits de l'homme sont une composante de l'image du produit « France », au même titre que la tour Eiffel, la haute couture, les parfums, le raffinement littéraire. Notre objet n'est pas de déterminer si cette notion correspond à une réalité ou si elle est un mythe sans support véridique, mais d'insister sur l'importance de ce vecteur culturel¹³⁰ : nous sommes ici dans l'aspect sociologique de la dimension juridique.

L'exécutif avait souhaité privilégier l'aspect sécuritaire induit par les écoutes administratives. Il est cependant possible de concilier sécurité de l'État et respect

129. A. ROUX, *La Protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, préface J.-C. Venezia, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Économica, p. 125.

130. Sur le phénomène de l'image, cf. Jacques AUMONT, *L'Image*, Nathan, 1990 ; *Les Modèles mentaux : approche cognitive des représentations*, coordonné par Marie-France EHRLIEH, Hubert TARDIEU et Marc CAVAZZA, Masson, 1991.

des libertés individuelles, grâce à une technicité qui trouvera ses racines dans l'acquis cognitif du droit français et saura préserver l'ordre public en faisant appel aux récentes lumières de la jurisprudence et des travaux de réflexion, de conception.

II - LES MODÈLES ÉTRANGERS ET EUROPÉENS EN MATIÈRE D'ÉCOUTES ADMINISTRATIVES

A - Les modèles étrangers : les États-Unis

Les écoutes administratives concernent les domaines de l'espionnage et du terrorisme.

1. Les Orders

Pendant des décennies, ces écoutes de sécurité ont trouvé une base juridique dans les Orders (décrets) du Président des États-Unis ou règlements des administrations fédérales, assimilés aux décrets-lois. Depuis le scandale du Watergate¹³¹, la fièvre réglementaire s'est accrue¹³².

2. La FISA

Une loi a été adoptée en 1978 : la *Foreign Intelligence Surveillance Act* ou FISA (loi sur la surveillance des activités de renseignements extérieures).

2.1. Les modalités

Les interceptions possibles : la FISA n'autorise que les interceptions des télécommunications effectuées au moyen de dispositifs électroniques, mécaniques ou autres (article 101 (f) n° 1).

Les motifs : les termes génériques employés sont les suivants : « Informations concernant les activités de renseignements d'une puissance étrangère », ce qui correspond à la nécessité de protéger la sécurité des États-Unis.

En voici les motivations :

- les attaques avérées ou possibles, le sabotage (infraction à l'article 105 du chapitre 18 du code pénal fédéral des États-Unis) ;
- le terrorisme international ;
- les activités clandestines susceptibles de nuire aux États-Unis et de profiter à des services de renseignements étrangers.

131. Qui a menacé, un instant, l'image de la Présidence américaine.

132. Citons l'*Executive Order* (décret-loi) n° 12036 du 24 janvier 1978, remplacé par l'*Executive Order* 12333 du 4 décembre 1981 (*Federal register*, vol. 46, n° 235, p. 59941) ; *Executive Order*, 12334 du 4 décembre 1981 (*Federal Register*, vol. 46, p. 596), la création du « President's Intelligence Oversight Board » (Conseil présidentiel de surveillance des activités de renseignements, qui coordonne l'action des services de renseignements américains).

Les termes sont très généraux, peut-être insuffisamment précis. Ils laissent une marge d'interprétation et d'appréciation aux responsables de la sécurité.

Une distinction est établie entre les citoyens américains et les étrangers résidant sur le territoire américain. Un ressortissant étranger est considéré comme l'agent d'une puissance étrangère s'il est en mesure de participer (« may engage ») à des activités de renseignements. Le citoyen américain ne sera assimilé à un agent d'une puissance étrangère que s'il se livre à des activités de renseignement en toute connaissance de cause¹³³ (« knowingly »)¹³⁴.

Le terrorisme international a déjà fait l'objet d'analyses et d'appréciations circonstanciées. Il englobe :

- les actes violents en mesure de mettre en danger la vie d'une personne physique, et violant les lois pénales américaines mais aussi étrangères¹³⁵ ;
- les actes d'intimidation ayant pour but de menacer un gouvernement ou la population civile par le meurtre, l'enlèvement, le détournement. Ces dispositions s'appliquent en dehors du territoire des États-Unis¹³⁶.

Les demandes d'autorisation : elles sont élaborées par les agents fédéraux qui adressent une demande de surveillance au juge compétent (article 103, FISA). La demande n'a aucun fondement juridique si elle ne reçoit pas l'agrément de l'Attorney General, dont le rôle est d'examiner les demandes correspondant aux motifs licites (article 104 (a), FISA).

La demande est assortie de renseignements minutieux :

- l'identité de l'agent ;
- la procuration générale reçue par l'Attorney General du Président des États-Unis pour accorder de telles autorisations ;
- l'agrément de l'Attorney General ;
- l'identité (si elle est connue) de la personne à écouter ou (si l'identité est inconnue) une description de la ou des personnes à surveiller ;
- un résumé des faits qui semblent justifier la demande d'interceptions ;
- une présentation des mesures envisagées en matière d'utilisation de fichiers informatiques (indications des procédures) ;
- une description des informations à rassembler, de la nature des communications à intercepter ;
- une « garantie » délivrée par le mandataire du Président des États-Unis pour la sûreté nationale (ou par un haut fonctionnaire délégué que le Président aura nommé sur recommandation et avec l'approbation du Sénat parmi les responsables de la sûreté nationale ou de la Défense) sur la base de critères qui se veulent objectifs :
 - . les informations se font au profit d'une puissance étrangère (101e, FISA),
 - . l'unique but de l'opération est l'obtention de ces informations,
 - . la demande est déposée parce que les autres techniques d'enquête, habituelles, et plus protectrices de la vie des citoyens, se révèlent inadaptées, non fiables,
 - . un descriptif des moyens utilisés,

133. Élément matériel : activités de renseignement ; élément moral : intention de nuire.

134. Article 101 (b), FISA.

135. L'homicide ou la tentative d'homicide sont des infractions punies dans tous les États.

136. Article 101 (c), FISA.

- . une déclaration précisant si une violation de domicile semble s'avérer indispensable,
- . une déclaration afférente aux demandes antérieures concernant les personnes, les installations, les locaux,
- . la durée prévue pour la surveillance.

Les agents qui sont à l'origine de la demande garantissent sous la foi du serment la véracité de leurs indications ou déclarations¹³⁷. Les indications exigées par la loi en matière de demandes sont nombreuses : il convient d'éviter les abus et les dérives.

Dans les faits, la lourdeur administrative, les coûts de gestion induits par les traitements, ont amené les juges à accepter des formules types. Le gain de temps et d'argent ainsi obtenu ne risque-t-il pas d'occulter les intentions initiales de préservation des libertés individuelles ? C'est une possibilité. Les tribunaux compétents¹³⁸ ont été invités à faire montre de vigilance afin que le formalisme ne supprime pas l'exposé des motifs. La procédure est cependant simplifiée lorsque les représentants d'une puissance étrangère sont soumis à surveillance ou à une interception.

2.2. Les personnes habilitées à délivrer les autorisations

Si les demandes d'autorisation sont soumises à l'agrément de l'Attorney General, ce sont les juges qui délivrent les ordonnances. Les juges sont des magistrats auprès des FISA Court. L'ordonnance est unilatérale (ex-parte order), sans audition au tribunal de la partie concernée. Dans ce domaine où le secret est de mise, le principe de contradiction¹³⁹ ne se justifie pas.

La durée habituelle prévue pour ces autorisations ne peut dépasser trois mois, mais elle est renouvelable (article 105 (d), FISA). Une exception s'applique aux agents des puissances étrangères (personnes physiques), aux personnes morales dépendant des puissances étrangères : la durée peut atteindre un an.

En cas d'urgence, l'Attorney General ordonne des mesures sans l'agrément du juge ; il informe le tribunal FISA compétent dans les vingt-quatre heures et une demande de régulation est alors déposée.

L'ordonnance indique que l'opérateur de télécommunications¹⁴⁰, le propriétaire ou gérant d'immeubles sont tenus d'assister le service qui a fait la demande d'informations. Les personnes privées qui prêtent leur concours à ces mesures de surveillance ou d'interception se voient prescrire une obligation de confidentialité, qui s'applique dans tous les pays en matière de surveillance ou d'interception de sécurité (ici, les interceptions de sécurité sont une composante de l'arsenal de surveillance).

L'État américain qui mobilise ainsi des personnes privées prévoit des compensations. La gêne occasionnée par le contre-espionnage et les mesures de sécu-

137. Le Président Clinton a décidé que seul le directeur du FBI est habilité à signer. En cas d'empêchement, c'est le directeur de la CIA qui aurait délégation de signatures.

138. FISA Court.

139. Mais s'impose devant les tribunaux américains, et devant d'autres tribunaux.

140. *Specified communication or other common carrier.*

rité sera limitée. Les prestations d'assistance réalisées par des individus qui travaillent pour les services de renseignements sont rémunérées.

La FISA a envisagé le refus de demande et les modalités de recours. Si une demande est refusée en tribunal de première instance, il est possible de saisir une autre juridiction dont les trois juges sont désignés par le président de la Cour suprême parmi les juges des tribunaux de district ou d'appel¹⁴¹ ; le président de la Cour suprême désigne aussi le président du tribunal formé à cette occasion. Un juge de FISA Court est nommé pour sept ans, avec renouvellement annuel. La rééligibilité est interdite¹⁴².

La décision du tribunal d'instance s'impose à tous les tribunaux fédéraux et aux tribunaux des États de la Fédération à l'exception des cours d'appel. La décision du tribunal d'instance peut être réexaminée devant les cours d'appel et la Cour suprême.

2.3. La sécurité des personnes

Si les constatations sont réalisées sur le territoire américain, à l'aide d'appareils dont la finalité est la surveillance selon la définition de la FISA, les informations seront détruites si l'Attorney General¹⁴³ constate que le contenu des données est susceptible de mettre en danger une personne – blessures ou homicides – au cas où l'on n'y procéderait pas.

B - Les modèles européens

1. Le Royaume-Uni

1.1. Les modalités légales

C'est le gouvernement qui est à l'origine des autorisations. La loi de 1985, « The Interception of Communication Act » (sur les interceptions de télécommunications et de correspondance), confie au ministre de l'Intérieur (survivance des anciennes pratiques britanniques) la responsabilité de délivrer l'autorisation d'interception. Si une urgence intervient, un haut fonctionnaire peut ordonner l'interception, à condition que la situation soit régularisée dans les 48 heures.

Les motifs sont peu nombreux :

- l'intérêt de la sécurité nationale¹⁴⁴,
- prévention ou découverte d'un crime grave¹⁴⁵,
- sauvegarde de la prospérité économique du Royaume-Uni.

141. *Courts of Appeals*.

142. FISA, article 103.

143. Qui est le personnage central, aux États-Unis, en matière de surveillance en général, d'écoutes administratives en particulier.

144. Selon le rapport du Commissionner de la Sécurité nationale : terrorisme, espionnage, activités subversives qui mettent en danger la sécurité ou le bien public et qui visent à supprimer la démocratie parlementaire par le biais de mesures de violence (N 27.31).

145. Selon le rapport du Commissionner, 1986 : crime grave – état des délits qui ont recours à la violence, par lesquels un gain matériel important peut être tiré, auxquels un nombre certain de personnes ayant le même objectif participent, pour lesquels l'auteur qui n'a aucune antécédent judiciaire est passible d'une peine d'emprisonnement de trois ans (N 25).

La Grande-Bretagne, tout acquise au jeu du marché, est consciente des risques que fait courir aux acteurs financiers et industriels l'efficacité des entreprises d'espionnage économique (transfert illicite de savoir-faire d'une société à une autre).

Les motifs ne peuvent être invoqués que si les informations ne sont pas susceptibles d'être acquises par des moyens plus respectueux des libertés individuelles. La durée de l'écoute de sécurité est de deux mois, renouvelable pour six mois dans le cas d'atteinte à la sécurité nationale. Le ministre peut annuler l'autorisation si cette dernière ne lui semble plus nécessaire.

La notion de contingent paraît inconnue. En réalité, trois facteurs limitent le nombre annuel des mesures d'interception de conversations téléphoniques : la capacité technique d'exécuter les interceptions, la volonté de ne pas dépasser le budget prévu et de maîtriser les coûts, la volonté du gouvernement de ne pas diluer sa vigilance et de se concentrer sur des cibles prioritaires.

Son exécution induit nécessairement une coopération entre les autorités habilitées à délivrer des autorisations et les opérateurs de télécommunications. L'opérateur se charge de prendre la ligne à surveiller en dérivation et d'enregistrer les communications interceptées. Il fournit le matériel, en assure le fonctionnement et transmet la bande enregistrée au service demandeur. Les opérations sont autorisées par un officier supérieur des services de police ou des douanes.

1.2. La jurisprudence

Elle se prononce sur le point litigieux de la licéité des moyens de preuve selon qu'ils sont publics ou privés.

Avant août 1984, la « British Telecommunications » était en situation de monopole et était responsable des systèmes publics de services de télécommunications. Le monopole a été aboli par l'article 2 de la loi de 1984, entrée en vigueur le 5 août 1984¹⁴⁶. La fourniture des services de télécommunications a depuis lors été réglementée par la partie II de la loi de 1984. Des définitions apparaissent ; l'article 4, alinéas 1 et 2, définit le « système de télécommunications¹⁴⁷ ». Les alinéas 3 et 4 définissent « l'appareil de télécommunications¹⁴⁸ » et les termes « être relié ».

L'article 5 de la loi de 1984 qualifie d'infraction le fait pour une personne de faire fonctionner un système de télécommunications au Royaume-Uni sans que

146. Telecommunications Act 1984 (appointed day) (n° 2), order 1984 (*SI* 1984 – n° 876), article 3. Rappelons qu'aux États-Unis, le Telecommunications Act américain succède au Telecommunications Act de 1934, et met fin au quasi-monopole privé d'ATT.

147. « Système de télécommunications » (article 4, alinéa 1) recouvre le sens de système de transmission, par l'action de l'énergie électrique, magnétique, électromagnétique, électrochimique ou électromécanique de la parole, la musique ou d'autres sons. « Est considéré comme système de télécommunications » (article 4, alinéa 2) « un appareil de télécommunication, situé au Royaume-Uni qui est relié à un système de télécommunications sans en faire partie, ou qui est relié à un système de télécommunications qui s'étend au-delà du Royaume-Uni et qui fait partie de ce système ; toute personne qui a la maîtrise de l'appareil est considérée comme faisant fonctionner le système. »

148. Appareil de télécommunications (article 4, alinéa 3) : « Appareil construit ou adapté en vue de son utilisation pour l'émission ou la réception... et [qui] est destiné à être transmis au moyen d'un système de télécommunications ou [qui] a été transmis par ce moyen. »

cela ait été autorisé par une licence¹⁴⁹. L'article 8 indique que certaines personnes [morales], notamment British Telecommunications, peuvent se voir octroyer des licences contenant des dispositions spéciales, imposant, par exemple, la fourniture de services de télécommunications.

L'article 9 autorise le ministre de l'Intérieur à désigner par décret un système comme « système public de télécommunications¹⁵⁰ ». Le décret de 1984 relatif à la désignation du système public de télécommunications¹⁵¹ a désigné comme système public de télécommunications celui de British Telecommunications. L'article 22 de la loi de 1984 régit le cas où une licence générale a été délivrée pour permettre l'utilisation d'appareils¹⁵².

La loi de 1984 sera analysée au regard de la loi de 1985 sur les interceptions de correspondances transmises par voie postale ou au moyen de systèmes publics de télécommunications. À défaut de délivrance d'un mandat par le ministre de l'Intérieur, la loi qualifie d'infraction l'interception intentionnelle d'une correspondance au cours de sa transmission par voie postale ou au moyen d'un système public de télécommunications. Les personnes qui soupçonnent une interception de leurs correspondances peuvent solliciter l'ouverture d'une enquête auprès d'un tribunal spécial¹⁵³.

L'article 9, alinéa 10, fait allusion aux personnes qui pourraient procéder à des interceptions¹⁵⁴. L'alinéa 2 de l'article 9 est plus explicite¹⁵⁵. L'article 10 donne de l'expression « système public de télécommunications » la même définition que celle mentionnée dans la loi de 1984. Il stipule qu'une communication transmise au moyen de plusieurs systèmes de télécommunications est juridiquement traitée, comme divisée, au cours de la transmission, entre les divers systèmes par lesquels elle a transité¹⁵⁶. La notion de système public est également mentionnée par

149. La licence est accordée sur la base de l'article 7 de la loi de 1984 : elle peut être octroyée par le ministre de l'Intérieur ou le directeur général des télécommunications, au bénéfice de tous, d'une catégorie spécifique de personnes ou d'une personne désignée, et autorise parfois à relier le système visé par la licence à un autre système de télécommunications.

150. L'alinéa 2 de l'article 9 précise : « Le ministre peut désigner par décret, comme système public de télécommunications dont la mise en fonction est autorisée par une licence, toute référence dans la présente loi à un système public de télécommunications qui s'entend du système de télécommunications ainsi désigné et dont la mise en fonction est ainsi autorisée. »

151. British Telecommunications (*SI*, 1984, n° 85C).

152. Cette disposition autorise le ministre de l'Intérieur ou le directeur général des Télécommunications à agréer des appareils destinés à être reliés aux systèmes concernés par la licence.

153. Article 7, alinéa 2.

154. Article 9, alinéa 1 : « Dans toute procédure et devant toutes les juridictions, aucune preuve ne sera apportée, ni aucune question posée dans le contre-interrogatoire, qui tende à suggérer qu'une infraction a été ou va être commise par une personne mentionnée à l'alinéa 2 de l'article 9. »

155. Article 9, alinéa 2 : « Les personnes visées à l'alinéa 2 sont : toute personne fonctionnaire de la Couronne ; le service des Postes et toute personne impliquée dans l'activité de ce service, tout opérateur public de télécommunications, et toute personne impliquée dans le fonctionnement d'un système public de télécommunication. »

156. Article 10, alinéa 2 : « Pour l'application de la présente loi [de 1985], une correspondance en cours de transmission par d'autres voies qu'au moyen d'un système public de télécommunications est considérée comme transmise au moyen d'un tel système, si le mode de transmission employé fait ressortir que cette correspondance a été transmise au moyen d'un tel système ou est destinée à l'être et a été émise d'un pays ou d'un territoire situé en dehors des Îles britanniques. »

l'article 11 et l'annexe 2 de la loi de 1985 qui correspondent à une nouvelle rédaction de l'article 45 de la loi de 1984¹⁵⁷.

Une responsabilité particulière engage les personnes qui exploitent le système public et concerne la transmission réalisée grâce à ce système.

La Chambre des Lords se prononce en juin et juillet 1994 sur la licéité des interceptions de communications réalisées par le moyen d'un téléphone sans fil, système ne faisant pas partie du système public des télécommunications britanniques (d'après le juge), mais faisant partie du système public selon les demandeurs¹⁵⁸.

Les faits concernent une association de malfaiteurs et un trafic de stupéfiants. Celui-ci s'effectuait grâce à deux chaînes de distribution de drogue à des particuliers, qui passaient toutes deux par l'intermédiaire de Tracey Sumer. Ce dernier agissait comme distributeur central. Ses complices étaient Godwin Effik et Graham Martin Mitchell, qui jouaient le rôle de revendeurs.

Ces personnes ont été jugées sur le fondement de preuves résultant notamment d'enregistrements téléphoniques intervenus entre Effik, Mitchell et Tracey Sumer. L'installation téléphonique installée chez Tracey Sumer consistait en un téléphone sans fil. Ce dernier était constitué d'une unité branchée sur le secteur, reliée par un fil et une fibre à une prise téléphonique située à l'intérieur de la maison, et d'un combiné utilisable d'une manière mobile dans une petite circonférence autour de l'unité de base. Dès que le téléphone sans fil était utilisé, un récepteur radio manœuvré par des policiers percevait les signaux échangés entre l'unité de base et le combiné mobile du téléphone sans fil : les conversations étaient alors enregistrées. Si les enregistrements produits comme preuves avaient été le résultat d'une interception de communication téléphonique, pratiquée par le système public des Télécommunications, autorisée par mandat du ministre de l'Intérieur¹⁵⁹, ils auraient été détruits immédiatement après avoir facilité la détection des infractions.

En l'occurrence, la situation était différente. Aucun mandat n'avait été délivré ; les enregistrements avaient été réalisés sans autorisation ministérielle. Les policiers étaient installés dans un appartement avoisinant de celui de Tracey Sumer. Le téléphone sans fil de Tracey Sumer était connu sous le nom de « Geemarc », modèle 400 B, agréé¹⁶⁰ en vue de son raccordement au système public de télécommunications. Les conversations pouvaient être captées, non seulement par les policiers, mais par d'autres personnes privées possesseurs de récepteur radio fonctionnant sur la même bande de fréquences utilisée provisoirement par les policiers.

Pendant le procès, la défense a demandé que soient exclues des preuves ces conversations téléphoniques ainsi enregistrées, interceptées au moyen d'un système public de télécommunications. Elle a argué de ce que les enregistrements

157. « Est coupable d'une infraction la personne impliquée dans le fonctionnement d'un système public de télécommunications, qui, en dehors de l'exercice de ses fonctions, divulgue intentionnellement à quiconque la teneur de tout message intercepté au cours de sa transmission au moyen de ce système ou toute information relative à l'utilisation par une autre personne des services de télécommunications fournis au moyen de ce système. »

158. La Reine contre Effik et autres.

159. En application de l'article 2 de la loi de 1985.

160. Conformément à l'article 7 de la loi de 1984.

n'étaient pas recevables comme preuves¹⁶¹. Le juge a procédé à l'audition des enregistrements en l'absence du jury. Il a reconnu que « Geemarc » 400 B était agréé à des fins de raccordement au système de British Telecom, que ce dernier système était désigné comme un système public de télécommunications. Le téléphone sans fil, quant à lui, ne faisait pas partie du réseau British Telecom. D'après le juge, il était un système privé, raccordé à un système public sans en faire partie. L'interception n'était pas prohibée par la loi de 1985 ; elle était recevable comme preuve.

Godwin Effik et Graham Mitchell ont été condamnés le 19 avril 1990 devant le tribunal de Kington Upon Thomas. Ils ont interjeté l'appel¹⁶² et ont été déboutés le 19 avril 1992. Le 22 mars 1993, la Cour d'appel a permis qu'un recours soit formé devant la Chambre des Lords : un point de droit d'intérêt public général était soulevé¹⁶³.

En matière de droit, la défense se fonde sur l'article 1, alinéa 1 de la loi de 1985. Elle argue de ce que la transmission réalisée *via* le système public à partir du point d'origine jusqu'à l'émetteur de base du téléphone sans fil « Geemarc » ne peut être occultée : le processus de transmission serait indivisible ; les impulsions émises par Geemarc le sont au moyen du système public de communication. En l'absence de transmission, les impulsions ne seraient pas susceptibles d'atteindre leur destination.

La Couronne s'appuie sur trois arguments. Le premier est afférent au caractère public du système et à la finalité restreinte de la loi, dont l'objectif n'est pas la protection générale contre des écoutes, mais « la protection de l'intégrité du système public ». Le deuxième concerne l'élément essentiel de l'infraction, l'interception intentionnelle. Le troisième fait explicitement allusion à l'article 10 alinéa 2 de la loi de 1985 et à l'article 4 (alinéa 4) de la loi de 1984 : à la division temporelle induite par les mots « a été transmise au moyen d'un tel système ou est destinée à "l'être"¹⁶⁴ ». Une rupture logique est envisagée entre la transmission qui s'effectue à travers un système et celle qui commence à travers un autre.

La Chambre des Lords¹⁶⁵ reprend ces arguments. Les termes « au moyen d'un système public de télécommunications » n'ont pas, jusqu'à présent, fait l'objet d'une interprétation reconnue, admise. Pour que l'infraction soit constituée, elle doit intervenir au cours de la transmission. Une transmission qui ne serait pas effectuée au moyen d'un service public de télécommunications, mais par un système privé, ne serait pas couverte par la disposition légale. Que signifie « au moyen de » ? Dans un sens restrictif, le moment où intervient l'interception pour que l'infraction soit caractérisée est la période pendant laquelle les impulsions traversent le système public.

Si l'interception consiste à recevoir des signaux qui ont déjà traversé les canaux du service public, ils ne sont plus transmis « au moyen » du système public. Les termes « a été... ou est destiné à l'être » accèdent le concept de division de la transmission en segments temporels distincts.

161. En vertu des articles 1 à 9 de la loi de 1985 sur l'interception des correspondances.

162. Cour d'appel (1992), 95.

163. Point d'intérêt public général : « Les articles 1 et 9 de la loi de 1985 sur l'interception des correspondances rendent-ils irrecevable la preuve de toute donnée interceptée en application de cette loi, malgré la pertinence de cette preuve au regard des questions soulevées dans un procès-verbal. »

164. Il convient d'examiner l'acte d'interception et le moment où il s'est produit.

165. Plus précisément, il s'agit de l'opinion et de l'exposé de Lord Oliver of Byhmerthen.

Par ailleurs, les signaux transmis par « Geemarc » n'auraient pu être transmis s'ils n'avaient pas transité par le réseau de British Telecom. Dans un sens élargi, « au moyen de » peut signifier « par l'action interposée de ». En ce cas, les signaux transmis sont un moyen qui ressortit au système public.

La loi, dans son esprit, nourrissait des objectifs limités¹⁶⁶. Elle crée une infraction d'interception des communications à travers le système public. Elle prend en compte les impératifs de la sécurité nationale et la prévention des infractions graves. Elle n'accorde pas de protection générale contre les écoutes.

Pour trancher, la Chambre des Lords s'appuie sur une décision antérieure non publiée de la Cour d'appel¹⁶⁷. Cette décision concernait aussi l'interception de messages reçus ou transmis par un système privé, qui transitait par le réseau de British Telecommunications. La Chambre des Lords s'appuie sur les conclusions de la Cour, présentées à cette occasion le 29 mars 1994¹⁶⁸. En effet, la question posée paraît très pointue et complexe. Une jurisprudence antérieure est un bon point d'appui.

La Chambre des Lords rejette dans ce contexte le recours de Godwin Effik et Graham Mitchell. La référence britannique s'appuie sur un système juridique très différent par nature de celui que l'on connaît en France.

2. L'Allemagne

2.1. La loi de 1968

La législation allemande existe depuis le 13 août 1968. La loi G10 a fait preuve d'une certaine fiabilité.

Les motifs et les autorités habilitées en matière d'écoutes de sécurité sont indiqués.

Les motifs sont les suivants :

- prévention ou répression des menaces contre l'ordre démocratique et libéral¹⁶⁹,
- protection de l'existence ou de la sécurité de la Fédération et du Land,

166. Cf. avant-projet de loi : « The interception of Communications in the United Kingdom », 1985 (Cmmd. 9438), paragraphe 7, phase introductive : « L'introduction d'une loi par le gouvernement vise à fournir un cadre législatif dans lequel l'interception des correspondances pratiquée sur les systèmes publics puisse être autorisée et contrôlée d'une manière qui commande la confiance publique. »

167. Reine. C. Ahmed, 29 mars 1994. Non publié jusqu'à l'affaire Effik.

168. Les conclusions sont présentées par le juge Evan : « Nous concluons donc ce qui suit : tout d'abord, nous estimons que l'interception d'une communication a lieu au moment et à l'endroit où l'impulsion de ce signal électrique qui parcourt la ligne téléphonique est effectivement interceptée. Deuxièmement, si un système privé fait l'objet d'une interception, la correspondance interceptée ne se trouve pas posée à ce moment-là à travers le système public. Nous estimons qu'elle n'est pas en cours de transmission au moyen du système public de télécommunications. Troisièmement, le fait que des signaux émis avant ou après se sont intégrés ou vont s'intégrer à la même communication ou au même message ne signifie pas que l'interception intervient à un autre endroit ou à un autre moment. Enfin, nous estimons que le terme de "correspondance" ne renvoie pas à la totalité d'une transmission ou d'un message : il renvoie à la communication téléphonique interceptée... qui constitue ce qui a été décrit comme des impulsions ou des signaux électriques. »

169. La formulation s'explique par la situation particulière de la RFA dans une Allemagne divisée alors en deux États, RFA et RDA, pratiquant le contre-espionnage. La RFA cherchait à se protéger contre les éléments de déstabilisation. Le caractère libéral du régime était identitaire pour la RFA.

- défense de la sécurité nationale, défense de l'ordre public, prévention des infractions pénales,
- prévention des infractions à la sûreté extérieure de l'État,
- prévention des infractions contre la Défense nationale,
- prévention des infractions à la loi sur les étrangers,
- prévention des menaces contre la sécurité des troupes de l'OTAN.

Les mesures d'interception ne sont licites que si les autres moyens d'investigations sont voués à l'échec ou ne permettent pas d'envisager un résultat tangible.

Les autorités susceptibles de demander des interceptions de communication par télécommunication sont :

- le BFV, service fédéral de protection de la Constitution et du renseignement intérieur,
- le BND, service de renseignement fédéral chargé du renseignement à l'extérieur,
- le LFV, service chargé dans chaque Land de la protection de la Constitution,
- le MAD, service de sécurité militaire.

Les autorités qui peuvent délivrer des autorisations sont des personnalités incarnant l'exécutif : l'autorité suprême dans le Land pour le LFV, les ministres de l'Intérieur et le ministre de la Justice dans les autres cas, et une commission¹⁷⁰ composée de trois membres et de trois suppléants, qui sont désignés à l'issue d'un vote au sein d'un collège élu en son sein par le Bundestag¹⁷¹. Le mandat des membres de la commission coïncide avec une législature du Bundestag, expire après l'élection d'un nouveau parlement. L'opposition est représentée au sein de cette commission¹⁷². La commission a accès à tous les dossiers. Le collège élu est constitué de cinq députés du Bundestag que les ministres fédéraux informent régulièrement sur l'application de la G10. Ce collège procède à l'élection des membres de la commission¹⁷³ et approuve la désignation des zones sensibles ou dangereuses.

L'autorisation prend une forme écrite. Elle est transmise au service demandeur et à l'opérateur de télécommunications. L'article 1, paragraphe 4, de la loi G10 fixe à trois mois la durée maximale de la mesure. Un renouvellement est possible.

2.2. Les personnes écoutées

Elles peuvent être informées dans certains cas : les mesures de restriction sont notifiées aux personnes concernées si la notification ne compromet pas la finalité poursuivie par l'interception.

2.3. La loi adoptée pendant le second semestre 1997

Elle met davantage l'accent sur la sécurité. Elle autorise les juges et les policiers allemands à procéder à des interceptions de conversation à distance et à des

170. Article 9, alinéa 4.

171. Législatif.

172. Contrairement à ce qui se passe au Royaume-Uni avec le tribunal.

173. Article 1^{er}, alinéa 1 de la loi du 11.4.1978, sur le contrôle parlementaire des activités fédérales de renseignement.

écoutes dans les logements privés pour les enquêtes judiciaires, quand il s'agit de faits particulièrement graves.

Les membres des professions soumises au secret professionnel peuvent être écoutés. Sont exclues les confessions auprès des ministres de culte et les conversations professionnelles des avocats en charge d'affaires pénales¹⁷⁴. Quant aux parlementaires, qui bénéficient de la légitimité électorale, ils ne sont pas soumis à ces dispositions.

L'autorisation est accordée par une commission de trois magistrats. En cas d'urgence, l'autorisation est donnée par un seul d'entre eux. L'autorisation est délivrée pour une durée de quatre semaines ; elle est renouvelable. Si la personne écoutée est soumise au secret professionnel, l'exploitation des informations implique une autre autorisation. Le gouvernement rend compte chaque année au Parlement des écoutes effectuées dans ce contexte particulier.

Le texte, très controversé, était en contradiction avec l'article 13 de la Grundgesetz. La Constitution a été modifiée en janvier 1998 pour que le corpus sécuritaire précédemment adopté entre en application.

3. L'Espagne

Aux termes de l'article 55, alinéas 1 et 2 de la Constitution, le secret des communications téléphoniques peut être suspendu lorsque l'état d'exception ou de siège est proclamé en vertu d'une loi organique réprimant l'activité des bandes armées ou de mouvements terroristes. La loi organique du 1^{er} décembre 1980 est un arsenal anti-terroriste. Elle autorise la suspension de tout ou partie des droits fondamentaux (inviolabilité du domicile, secret des correspondances, droit à la liberté et à la sûreté) de certaines catégories de personnes en raison de leur appartenance à des groupes incriminés ou de leur participation supposée à des actes délictueux ou criminels.

Les motifs invoqués par l'article 1 paragraphe 1 sont les délits (ou crimes) contre l'intégrité physique, les détentions illégales de personnes sous menace de rançon, la possession ou détention d'armes, munitions, explosifs, l'atteinte à la sûreté extérieure de l'État, les délits qualifiés de « terroristes » par le code pénal espagnol¹⁷⁵.

Les autorisations d'interceptions des communications téléphoniques sont octroyées, par écrit, sous forme motivée, par l'autorité judiciaire compétente. En cas d'urgence, la mesure est prise par le ministre de l'Intérieur, le directeur de la sûreté de l'État : le juge est informé par écrit. Il rapporte ou confirme la décision dans un délai maximal de 72 heures. L'autorisation est accordée pour une durée de trois mois qui est renouvelable.

Les personnes intéressées ne sont pas informées lorsqu'une telle notification nuirait au bon fonctionnement de l'État, mais la loi prévoit la responsabilité pénale et des indemnisations en cas d'abus.

174. Il convient de préserver les droits de la défense.

175. De nombreuses infractions ont trait aux revendications indépendantistes ou autonomistes.

L'Espagne, après des décennies de dictature, est devenue une démocratie¹⁷⁶. Les exigences de liberté se concilient avec les mesures de sécurité prévues pour soutenir la jeune démocratie.

En février 1996, un juge espagnol chargé de mener une enquête sur les interceptions de communications réalisées par les services secrets a rendu une ordonnance de non-lieu : les écoutes avaient pour but la protection de l'État¹⁷⁷.

L'équilibre entre défense de l'ordre public et maintien des libertés individuelles privilégie l'ordre public : l'Espagne se considère comme une société démocratique trop fragile pour ne pas préserver sa sécurité.

Une comparaison de ces diverses références nationales amène plusieurs conclusions :

- les États-nations ont légiféré en matière d'écoutes administratives ;
- ils ont cherché à préserver les libertés en limitant le nombre des motifs pouvant justifier surveillance, interception licites ;
- les interceptions par voie de télécommunications ne sont licites que si d'autres moyens plus traditionnels ne sont pas fiables. En fait, ces écoutes par voie de télécommunications constituent le principal vecteur d'échanges. Les opérateurs de télécommunications sont donc tenus d'offrir une solution technique adaptée¹⁷⁸.

SECTION TROIS LE CONTRÔLE DES INTERCEPTIONS

L'histoire récente nous apprend qu'une réforme sans garantie est peu crédible. Aussi, des formes diverses de contrôles ont-elles été mises en place. La France envisage, elle aussi, la création d'un organisme approprié. Ces modalités de contrôle doivent être établies en concordance avec l'esprit des lois, à l'étranger comme en Europe.

176. Sur ce thème, cf. Guy HERMET, *L'Espagne en 1975, évolution ou rupture*, Fondation nationale des sciences politiques, 1997.

177. Citation du juge in *V^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1996*, La Documentation française, 1997.

« Le droit à l'intimité n'est pas absolu, pas plus qu'aucun des droits fondamentaux, ceux-ci pouvant s'incliner face aux intérêts constitutionnels importants. Les écoutes n'étaient pas destinées à l'espionnage des conversations en particulier mais au contrôle d'un espace radioélectrique dans lequel une ample gamme de signaux étaient émis. De telles pratiques sont justifiées afin que les sociétés démocratiques qui sont confrontées à des formes très complexes d'espionnage et de terrorisme soient capables de se défendre efficacement contre ces menaces. »

178. Cf. loi suédoise du 8 mai 1996 en vue de permettre la réalisation d'écoutes téléphoniques par la police.

§ I - LE CONTRÔLE AUX ÉTATS-UNIS ET AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

I - LE CONTRÔLE AUX ÉTATS-UNIS

L'informatique est susceptible de porter atteinte à la vie privée. Des codes de déontologie ont été mis en place.

A - Interceptions et vie privée

En matière de surveillance, les interceptions administratives ne peuvent ignorer le rôle de l'informatique, notamment son intrusion dans la vie privée.

1. La FISA et les données informatiques

La FISA comprend des dispositions destinées à proscrire les mesures¹⁷⁹ utilisant de façon incorrecte les données informatiques. Ces mesures ne sont pas détaillées. La loi énumère néanmoins les procédures qui pourraient être arrêtées par l'Attorney General.

2. La FISA et les peines

Les informations obtenues grâce au système FISA sont entourées du secret et ne font l'objet d'aucune exploitation licite quand il s'agit de citoyens américains. En matière pénale, ces informations sont utilisables, après accord de l'Attorney General : la personne concernée et son avocat seront informés. La personne mise en cause est alors en droit de saisir le tribunal fédéral de première instance¹⁸⁰ territorialement compétent et d'invoquer la non-recevabilité des « preuves » recueillies par ces moyens spécifiques : elle tentera de démontrer que les preuves n'ont pas été rassemblées de manière licite, que la surveillance n'était pas conforme à la loi.

La décision du tribunal d'instance s'impose à tous les tribunaux fédéraux et aux tribunaux des États de la Fédération à l'exception des cours d'appel. La décision du tribunal d'instance peut être réexaminée devant les cours d'appel et la Cour suprême.

179. AM 101 (h), FISA.

180. *District Court*.

B - Le contrôle public

L'Attorney General, premier responsable des mesures d'autorisation, est tenu (telle est la contrepartie de son pouvoir) de faire parvenir chaque année¹⁸¹ un rapport à l'administration des tribunaux fédéraux et au Congrès sur l'application de la FISA. Le rapport mentionne notamment le nombre total de demandes, de renouvellements ; il précise combien de demandes ont été refusées. La lecture des rapports nous permet de savoir que la tendance à l'augmentation des demandes s'est précisée et qu'aucune demande n'a été refusée. Une seule demande a été modifiée par un tribunal FISA.

Comme les archives des tribunaux FISA ne peuvent être consultées, il est impossible de déterminer si les juges respectent avec scrupule l'esprit et la lettre de la FISA, ou s'ils privilégient une interprétation sécuritaire de la loi.

Chaque semestre, l'Attorney General informe aussi les commissions spéciales¹⁸² du Congrès sur les activités de surveillance¹⁸³. Ces commissions, au nombre de deux, ont le droit de réunir d'autres informations dans la mesure où lesdites informations sont indispensables au bon accomplissement de leur mission. Les commissions parlementaires informent une fois par an leurs chambres réunies en assemblées de l'application de la loi. Ces rapports présentent parfois des observations et des propositions.

Aux États-Unis, la personne concernée par ces mesures n'est pas informée. En revanche, il y est admis le concept de « personnes protégées » et la prise en compte de certains secrets professionnels.

Les conversations interceptées ne peuvent impliquer des avocats, des prêtres. N'oublions pas que la fonction d'avocat est valorisée aux États-Unis et que la religion a un caractère officiel. Le FBI doit interrompre l'interception dès qu'une personne protégée intervient.

En matière de peines encourues, la FISA prévoit une peine de 10 000 dollars au plus, de cinq ans d'emprisonnement au maximum, et les deux en cas d'abus de nature intentionnelle. L'article 110 de la FISA dispose que toute personne ayant subi un préjudice dû à une mesure de surveillance ou à une indiscretion générée par cette mesure percevra des dommages-intérêts. Le système, complet, met en exergue la notion de souveraineté américaine et de citoyenneté américaine. Les statistiques, d'ailleurs incomplètes et éparées, permettent néanmoins de déterminer que les mises en cause d'interceptions sont assez rares aux États-Unis, par rapport à celles des écoutes.

II - LE CONTRÔLE AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

Il traduit la prise en compte des réflexions de la CEDH et les cultures nationales.

181. Article 107, FISA.

182. *Select Committees on Intelligence*.

183. Article 108 (a), FISA.

A - Le Royaume-Uni

1. L'utilisation des données

Elle fera l'objet de multiples précautions. Seront déterminés le nombre de personnes ayant accès aux documents, l'étendue et le nombre de reproductions licites. Les documents ont vocation à être détruits.

2. Le contrôle par le « Commissionner »

Le premier Ministre nomme¹⁸⁴ une personne qui a pour mission de contrôler si l'exécutif exerce ses prérogatives en conformité avec la loi. La personne désignée est le « commissionner¹⁸⁵ » qui est doté de compétences juridiques approfondies, qui est chargé ou qui a été chargé de fonctions judiciaires. Le Commissionner perçoit une indemnité prévue dans les crédits budgétaires du Parlement. Tous les agents participant à l'exécution de l'interception facilitent l'action du Commissionner, lui communiquent les documents ou informations dont il a besoin. L'enquête est pointilleuse. Si elle révèle des manquements à la loi, le commissaire du gouvernement rédige et fait parvenir un rapport au Premier ministre¹⁸⁶.

Le Commissionner établit par ailleurs un rapport général annuel sur les conclusions qu'il a tirées de la confrontation entre la loi et son application. Le rapport indique le nombre d'interceptions autorisées, qui s'élève à plusieurs centaines. Il est communiqué à la Chambre des communes et à la Chambre des Lords. Le Premier ministre peut empêcher la publication de passages du rapport destiné au Parlement, s'il estime que les paragraphes incriminés sont susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale, à la prévention de la criminalité, à la sauvegarde du potentiel économique du Royaume-Uni¹⁸⁷. Une transparence relative est souhaitable, mais ne doit pas porter atteinte à la sécurité.

Dans la mesure où les rapports sont conçus par un juge, ces études contiennent des concepts, des interprétations juridiques. Les « Commissionner » ont pu élaborer une jurisprudence interne à la loi. Les zones d'ombre se sont atténuées et le nombre des interceptions a diminué après 1986, dans la mesure où le ministre de l'Intérieur s'est vu préciser quand il pouvait requérir à des autorisations d'interceptions¹⁸⁸.

3. Le contrôle par un tribunal

Une autre forme de contrôle est exercée par l'Interception of Communication Tribunal, dont les membres ont tous une compétence juridique et une pratique juri-

184. Paragraphe 88 de l'*Interception of Communication Act*.

185. Traduit en français par commissaire du gouvernement.

186. Pour chaque affaire douteuse.

187. C'est-à-dire, les motifs d'interception.

188. Il s'agit donc d'une construction originale, où un magistrat éclaire l'exécutif sur la compréhension et la pratique pertinente d'une loi adoptée par le Parlement.

dique d'au moins dix ans. Les membres de ce tribunal sont désignés officiellement par la reine, c'est-à-dire, dans les faits, par le Premier ministre. Ils appartiennent tous à la majorité parlementaire et leur impartialité ne peut être mise en cause.

Le tribunal est saisi par les personnes qui pensent être l'objet de mesures d'interceptions. Cette réclamation est suivie d'une enquête et le tribunal se fait assister par le « Commissionner » qui possède tous les éléments susceptibles d'éclairer le tribunal.

Si le tribunal considère que la réclamation est fondée, qu'une mesure d'interception avérée est anticonstitutionnelle, il en informe l'auteur de la réclamation¹⁸⁹, adresse un rapport au Premier ministre, et promulgue une ordonnance qui sert de base à :

- la déclaration de nullité de la décision d'écoute illégale,
- l'ordre de détruire les documents, non seulement les originaux, mais aussi les copies, duplicatas,
- l'engagement de l'exécutif à verser des dommages-intérêts au requérant¹⁹⁰.

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

Le ministère de l'Intérieur a entouré cette disposition (la possibilité de poser une réclamation) d'une publicité inédite. Non seulement une médiatisation a entouré l'adoption de la loi, mais des dépliants, avec formulaire de réclamation, ont été mis à la disposition du public dans les services de poste ou de télécommunications.

Cette publicité présente un caractère unique. Dans les autres pays, les requérants procéduriers sont obligés de rechercher dans les arcanes de la loi les éventuelles possibilités de réclamation qui s'offrent à eux. Ici, un mode d'emploi a été présenté aux citoyens. La démarche s'explique en partie par la condamnation du Royaume-Uni à l'occasion de l'arrêt « Malone » de la CEDH. Les ressortissants britanniques sont avisés qu'une voie de recours interne existe pour eux. Cet effet d'annonce a pour ambition de limiter les impacts négatifs que produit une condamnation pour violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme¹⁹¹. Le Commissionner a encouragé les services de renseignements, de police, des douanes, le ministre de l'Intérieur, les opérateurs, à collaborer.

La situation a évolué depuis. Le 2 juillet 1996, la Chambre des Lords a rejeté l'appel introduit par monsieur Khan contre l'arrêt de mai 1994 rendu par la Cour d'appel d'Angleterre. Le rejet de l'appel est motivé : il ne convient pas de se prononcer sur l'admissibilité dans un procès pénal de preuves recueillies au moyen d'un système d'écoute dont la mise en place aurait supposé un délit d'intrusion et un dommage à une propriété immobilière. En effet, l'argumentation se fonde sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ; la Convention

189. Cela est fort rare. Dans la plupart des cas, les interceptions sont perçues comme légales – paragraphes 2 à 5 de l'*Interception of Communication Act*.

190. Le montant de cette indemnité est arrêté par le tribunal.

191. L'arrêt Malone a été abondamment commenté en Europe et au Royaume-Uni.

n'appartient pas à l'ordre interne anglais. Selon le droit anglais, la police a agi de bonne foi¹⁹² et les irrégularités n'ont pas rendu le procès inéquitable.

Un projet de loi a été présenté fin 1996. Ce projet concerne la police, mais implique des interférences avec « The Interception of Communication Act ». Il y est indiqué : « Aucune introduction ou interférence dans une propriété ou dans la télégraphie sans fil n'est illégale » si le « chef constable » l'estime nécessaire.

Le dispositif a été rejeté par la Chambre des Lords ; il fut très controversé¹⁹³. Il a finalement été adopté et est devenu le « Police Act » du 21 mars 1997. Le ministère de l'Intérieur a publié en août 1997 un code de conduite explicitant les conditions dans lesquelles les services de police et de douanes peuvent pénétrer dans les domiciles privés, les bureaux, les chambres d'hôtel, pour y recueillir des informations destinées à la prévention ou à la répression d'activités criminelles, en utilisant des systèmes d'écoute. Des renseignements confidentiels détenus par des médecins, des avocats, des journalistes, des ministres du culte, sont ainsi collectés. Les opérations sont autorisées par un officier supérieur des services de police ou des douanes ; un contrôle est exercé par un « Commissionner ».

L'examen de l'ensemble des textes britanniques en matière d'écoutes laisse une impression contrastée. L'accent est mis sur la sécurité, sur les moyens de rassembler des éléments de preuve par écoutes de télécommunications, même si des modalités de contrôle ont été instaurées.

B - L'Allemagne

1. Le contrôle parlementaire

Les ministres compétents sont soumis, dans la mesure où ils délivrent des autorisations, à un contrôle parlementaire. La commission de contrôle parlementaire (PKK/4) des services fédéraux de renseignements ne contrôle pas l'application de la G10, mais les ministres sont tenus d'informer le collège constitué de députés du Bundestag.

2. La Cour constitutionnelle

Toute personne qui pense que ses droits fondamentaux, y compris dans le domaine des interceptions, sont bafoués peut saisir la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a accepté des recours alors que les autres voies judiciaires n'étaient pas épuisées. L'arrêt Klass a démontré que cette solution présentait des avantages.

192. Elle s'est conformée à la directive de 1984 du ministre de l'Intérieur : « Instruments d'écoute cachés et surveillance visuelle à couvert ».

193. J. R. SPENCER, « Bugging and burghary the police », *The Cambridge Law Journal* du 31 janvier 1997.

3. Les peines

La loi G10 ne mentionne aucune peine afférente aux écoutes autorisées. En effet, le code pénal allemand stipule¹⁹⁴ que sera puni d'une peine d'emprisonnement ou d'amende celui qui, sans autorisation, prendrait une mesure d'interception. L'article 3 alinéa 3 de la loi sur la coopération entre la Fédération et les Länder indique que ce texte sera appliqué aux agents des services de renseignements.

§ II - LE CONTRÔLE EN FRANCE

Avant 1991, il était quasiment inexistant. Seuls, les tribunaux, pour les écoutes judiciaires, étaient parfois amenés à se prononcer sur la régularité de certaines mesures.

I - LA COMMISSION MARCILHACY

La proposition de loi n'envisage pas d'institution de contrôle. Les fonctionnaires et agents du gouvernement qui procèdent à des interceptions de communications téléphoniques¹⁹⁵ doivent être munis des autorisations¹⁹⁶ délivrées par un magistrat. Ce dernier peut procéder au contrôle des autorisations que nous avons mentionné. Aucune réflexion approfondie n'a été menée sur le concept de « contrôle ».

II - LA COMMISSION SCHMELCK

Elle s'est inspirée de la référence allemande et des arrêts de la CEDH ; le contrôle peut être effectué par des organismes jouissant d'une indépendance suffisante.

Le contrôle par un juge bouleverserait tout l'édifice existant. Voilà pourquoi la commission Schmelck a opté pour la création d'une autorité administrativement indépendante, à caractère non juridictionnel.

Les personnalités composant cet organisme doivent être suffisamment indépendantes à l'égard de l'exécutif pour bénéficier de quelque crédibilité, et peu nombreuses pour assurer la discrétion indispensable dans des affaires souvent couvertes

194. Article 201 du code pénal allemand.

195. Article 3 de la proposition de loi Marcihacy, 1973.

196. Paragraphe 3 de l'article 187 du code pénal de l'époque.

par le secret défense. Le directeur général de la Sécurité extérieure s'est prononcé pour une institution exclusivement composée de magistrats.

La commission, dans sa majorité, préfère une formule mixte qui permettrait la cohabitation de magistrats, d'experts, de parlementaires. L'instance serait ainsi pourvue de :

- deux députés et deux sénateurs élus respectivement par l'Assemblée nationale et le Sénat à la proportionnelle des groupes ;
- un membre ou ancien membre du Conseil d'État, élu par l'assemblée générale du Conseil d'État ;
- deux membres ou anciens membres de la Cour de cassation élus par l'assemblée générale de la Cour de cassation¹⁹⁷ ;
- deux personnalités compétentes.

L'organisme de contrôle serait habilité à solliciter l'opinion de toutes personnes susceptibles de l'éclairer.

La nouvelle autorité administrative indépendante se verrait confier les attributions suivantes :

- consultation sur tout projet de loi ou de règlement afférent aux interceptions téléphoniques ;
- communication du nombre maximal de surveillances susceptibles d'être effectuées en même temps ;
- évolution des écoutes sauvages, grâce à un compte rendu annuel initialisé par le ministère des PTT ;
- nombre et motivations des écoutes ;
- sollicitation de l'avis de la commission par l'autorité responsable ;
- saisine par une personne privée qui s'estime surveillée pour des motifs non prévus par la loi. Après enquête, le nouvel organisme pourrait recommander de rapporter les mesures et de détruire les renseignements, si les écoutes paraissaient illicites.

Si la recommandation n'était pas suivie, l'instance de contrôle pourrait saisir l'autorité judiciaire compétente. Un rapport d'activité serait remis chaque année au président de la République. Aucun consensus ne s'est dégagé sur le caractère public du rapport. Les contours en tant qu'organisme de contrôle demeurent assez flous. Les attributions ne sont pas définitivement arrêtées. Le contrôle apparaît comme une nécessité. Ses modalités d'exercice ne font pas l'unanimité.

*

* *

Les juristes français ont pu cerner les concepts de licéité et de légalité. Il leur semble urgent, pour parvenir à un équilibre entre ordre public (qui jusque-là est resté le maître mot) et les libertés individuelles, de concevoir une loi qui prenne en compte et l'exigence de liberté, prônée par la CEDH, et le maintien de l'ordre public, illustré par l'histoire récente des écoutes téléphoniques en France et dans les autres pays.

197. Exemple de la CNIL.

Chapitre 2

La loi de 1991 et le régime des écoutes judiciaires de télécommunications : principes et modalités

Après les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur français¹ se devait d'intervenir pour être en conformité avec les sources du droit du Conseil de l'Europe. C'est ainsi que furent conçus, discutés, adoptés la loi n° 91.646 du 10 juillet 1991 et les décrets d'application². Le principe de base est le suivant : le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est garanti par la loi.

C'est donc la loi³ qui est habilitée à prévoir, à déterminer les cas, où il sera licite de porter atteinte au secret de la correspondance, composante de la sphère privée. Le projet de loi est présenté par Édith Cresson⁴, défendu par Henri Nallet, garde des Sceaux. Il est souvent fait mention de la proposition de Jacques Toubon⁵. Ce dernier avait travaillé au sein de la commission Schmelck. Le gouvernement, tout en tirant les conséquences des divers arrêts rendus par la CEDH, s'inspire des acquis de la commission Schmelck et reprend souvent, avec des inflexions nécessaires, des propositions élaborées antérieurement.

La loi a fait l'objet d'une navette. Le texte a été discuté en première lecture le 13 juin 1991 à l'Assemblée nationale, le 25 juin 1991 au Sénat. Après réunion

1. C'est le législateur qui doit se prononcer en la matière. Certains juristes avaient fait preuve de pessimisme : « Il ne faut pas s'aveugler, la réglementation nécessaire aux écoutes téléphoniques ne peut être prévue que si elle émane du législateur. Il est possible d'espérer que le législateur statue un jour prochain sur les écoutes téléphoniques. Rien n'est moins sûr. » Albert MARON « Rien n'est perdu, fors l'honneur », Éditions techniques. Droit pénal, juin 1990.

2. L'intitulé exact de la loi est le suivant : « Loi n° 91.646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications ». Jacques Toubon employait les termes « Communication à distance ».

3. Selon l'article 34 de la Constitution de 1958, la loi est nécessaire quand le domaine concerné est celui des libertés individuelles.

4. Édith Cresson était alors Premier ministre.

5. La proposition de loi de Jacques Toubon est examinée à l'occasion de la discussion du projet de loi Nallet.

de la commission mixte paritaire, le texte est définitivement adopté par l'Assemblée nationale et le Sénat, le 28 juin 1991.

Dans tous les cas, les interceptions de télécommunications (qui englobent la télématique et des technologies alors peu connues, voire inconnues) constituent une dérogation au concept du secret de correspondance. Seules, les autorités publiques peuvent procéder à des interceptions de correspondance, pour des motifs d'intérêt général. L'exposé des motifs et le rapport Massot⁶ établissent une distinction entre écoutes judiciaires et écoutes de sécurité.

En matière d'écoutes judiciaires, la loi a pour finalité de remettre de l'ordre dans une situation juridique qui valorise, peut-être à l'excès, la jurisprudence. En matière d'écoutes de sécurité, le législateur crée le droit (en s'inspirant de la doctrine de la CEDH), comble les absences et les silences de plusieurs décennies de pratiques sans véritable support juridique. Ce sont les écoutes judiciaires qui concernent la majorité des citoyens, même si les écoutes administratives ont été largement médiatisées, pour des raisons commerciales.

SECTION UN LES PRINCIPES DE L'INTERCEPTION JUDICIAIRE

Ils sont en conformité avec les principes généraux du droit. Ils valorisent la fonction de juge d'instruction, réaffirment les droits de la défense, fondement d'un régime démocratique.

§ I - LE MONOPOLE DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

I - LA CONCEPTION DIVERGENTE DE LA LOI DE 1991

D'autres personnes que le juge d'instruction pourraient faire procéder à des interceptions de télécommunications.

6. Rapport Massot : rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République, d'une part, sur le projet de loi (n° 2068) relatif au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications et, d'autre part, proposition de loi (n° 1672) de M. Jacques Toubon et plusieurs de ses collègues tendant à renforcer la protection de la vie privée.

A - Le rôle du Parquet

Le Parquet est mentionné dans la proposition de loi de Jacques Toubon⁷. Pour Jacques Toubon, le Parquet fait partie de la juridiction d'instruction.

B - La position du rapport Massot

Le rapport Massot s'oppose à toute interception ordonnée par le Parquet dans le cadre d'un flagrant délit, d'une enquête préliminaire, et à toute interception faite sur la seule initiative d'un officier de police judiciaire. Dans la mesure où l'écoute judiciaire correspond à un équilibre précaire entre l'intérêt public et la liberté individuelle, les magistrats les moins indépendants ne doivent pas être à l'origine de la mesure d'interception.

II - LA CONCEPTION DE LA LOI DE 1991 ET LE RÔLE DU JUGE D'INSTRUCTION

A - L'autorité judiciaire, gardienne des libertés

Elle n'en dispose pas moins des moyens pour recourir à la force afin de protéger l'intérêt public.

1. Légimité et statut du juge d'instruction

Le juge d'instruction puise sa légitimité dans le statut dont il est doté. De par ce statut, ce magistrat est le seul habilité à ordonner des perquisitions au domicile, à décider d'une détention provisoire ou d'une incarcération. Ce statut fait du juge d'instruction un serviteur d'une justice sur le modèle du dieu Janus⁸, qui protège et qui pourfend.

2. Légimité du juge d'instruction et respect des règles de procédure

La légitimité du juge d'instruction réside surtout dans l'obligation à laquelle il est soumis de respecter les règles de procédure dans une information judiciaire.

7. Proposition de loi de Jacques Toubon : article 11 : « Les interceptions de communications à distance ne peuvent être pratiquées que sur décision écrite de la juridiction d'instruction. » Article 14 : « La commission rogatoire du juge d'instruction ou la réquisition du Parquet doivent mentionner, à peine de nullité, l'identité de la personne surveillée, la durée de l'interception, l'infraction qui motive le recours à l'interception et les modalités de celle-ci. »

8. Terme employé par Michel ALBARÈDE in « Le régime juridique des écoutes téléphoniques judiciaires », *Gazette du Palais*, 4 janvier 1997.

Le juge est souverain dans l'appréciation de l'opportunité, mais il est soumis au respect des conditions de légalité. Ainsi, le juge d'instruction est habilité, après débat contradictoire, à mettre une personne en détention provisoire. Mais celle-ci sera limitée par l'observance des motifs énumérés par l'art. 144 du code de procédure pénale. En l'absence de motivation, la décision serait nulle⁹ : les droits de la défense seraient bafoués, le juge ne ferait plus preuve d'impartialité, comme l'exige la déontologie.

De même, le juge peut faire procéder à des perquisitions et à des saisies, dans la mesure où les conditions prévues par les articles 93 à 97 du code de procédure pénale seraient réunies. Si les règles de forme ne sont pas observées, la procédure est alors entachée de nullité absolue. Le juge qui ne respecterait pas la loi s'exposerait à des poursuites pénales¹⁰.

B - Le principe de subsidiarité¹¹

Beaucoup de parlementaires souhaiteraient, sans remettre en cause le monopole du juge d'instruction, limiter l'usage de l'autorisation d'interception par le juge d'instruction.

1. L'écoute, une exception

Le projet de loi précise que le juge d'instruction ne pourra recourir aux interceptions judiciaires que lorsque les nécessités de l'information l'exigent. De nombreux parlementaires constatent que cette formulation peut se prêter à de multiples interprétations. Il convient de prévoir des garde-fous, des précisions sur les « nécessités de l'information »¹². Un texte est finalement adopté sous la forme suivante :

- les autres moyens d'investigation ne permettent pas de cerner la vérité ;
- les écoutes ne constituent pas un artifice déloyal ni une violation des droits de la défense ;

9. La nullité est absolue, puisqu'elle porte atteinte à l'intérêt général.

10. Sous réserve du respect de l'article 61 du code de procédure pénale.

11. Les interceptions ne seraient autorisées que lorsque la preuve de l'infraction ne peut être apportée par d'autres moyens.

12. À l'Assemblée nationale, des amendements sont discutés lors de la deuxième séance du 3 juin 1991 :

– Amendement n° 34, présenté par Jacques Toubon et François Massot. L'article 100 du code de procédure pénale sera ainsi rédigé : « Les dispositions de l'alinéa précédent ne peuvent être mises en œuvre que si : l'interception de la communication présente un intérêt pour la manifestation de la vérité ; les autres moyens d'investigations sont inopérants ou insuffisants ; elles ne constituent pas un artifice déloyal. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3145, 1^{re} colonne.

– Amendement n° 56, présenté par François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon. « Insérer les alinéas suivants : " L'interception ne peut être mise en place que si : l'interception de communication à distance présente un intérêt pour la manifestation de la vérité ; les autres moyens d'investigation sont inopérants ou insuffisants ; elle ne constitue pas un artifice déloyal ni une violation des droits de la défense. " », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3145, 1^{re} colonne.

– la décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère général et n'est susceptible d'aucun recours ;

Devant le Sénat, d'autres amendements sont proposés lors de la séance du 25 juin 1991¹³. Ils ne sont pas adoptés. Et l'amendement de l'Assemblée nationale ne sera pas repris dans le texte final.

Les membres de l'Assemblée nationale et du Sénat, qui ont déposé des amendements, participent aux travaux de la commission des lois. Ils savent que plus un texte est précis et moins il est contestable. C'est la raison pour laquelle ils se sont intéressés au champ d'application des « nécessités de l'information », finalement laissées à l'appréciation souveraine du juge d'instruction.

2. La position gouvernementale

La rigueur gouvernementale : les amendements mentionnés plus haut paraissent dangereux au gouvernement.

Le juge, pour être efficace, doit disposer d'une large marge d'appréciation. L'exécutif s'oppose à la contestation de la légalité des écoutes de télécommunications. Il fait valoir que les cas de nullité de procédure sont déjà trop fréquents dans le cadre de la procédure pénale. Le juge risquerait d'être contraint de fournir une preuve quasi impossible à apporter ; des délinquants chevronnés, bien conseillés par leurs avocats, s'ils contestaient la légalité de l'interception, pourraient parfois obtenir gain de cause.

Une comparaison est établie avec un autre instrument mis à la disposition du juge d'instruction : la perquisition. Cette dernière est également une intrusion assez grave dans la vie privée¹⁴. Elle est efficace et a démontré qu'elle n'était pas incompatible avec les libertés individuelles. Une évocation de la détention provisoire rappelle que le juge d'instruction dispose du pouvoir de faire emprisonner une personne mise en examen, qui est présumée innocente et n'a pas été jugée¹⁵. Implicitement, il est indiqué que le recours à l'écoute est moins attentatoire à la liberté individuelle que la mise en détention. Un contrôle des « nécessités de l'information »

13. Amendement n° 23 présenté par M. Thyraud : « La décision d'interception est écrite. Elle est notifiée au procureur général qui a seul qualité pour saisir à tout moment, s'il le juge utile, la chambre d'accusation. Celle-ci statue sur l'intérêt de maintenir ou non l'interception. L'inculpé n'est pas appelé aux débats. *JO*, Sénat, séance du 23 juin 1991, p. 2075, 1^{re} colonne.

Amendement n° 36, présenté par M. Dreyfus-Schmidt et les membres du groupe socialiste et apparentés : « La décision d'interception est écrite. Elle est transmise au procureur de la République par le juge d'instruction dans un délai de 24 heures, qui dispose de 48 heures pour en contester le bien-fondé, au regard des dispositions des alinéas précédents devant le président de la chambre d'accusation. *JO*, Sénat, séance du 23 juin 1991, p. 2075, 1^{re} colonne.

14. Gérard Gaizes : « Que dire de la perquisition ? Violer le domicile de quelqu'un, forcer son bureau, ouvrir ses dossiers, peut-on imaginer rien de pire ? Et l'interrogation d'un témoin que l'on pousse à l'indiscrétion ne vaut guère mieux. Si l'on veut vaincre la délinquance, il est pourtant nécessaire de recourir à ces méthodes pour rechercher les preuves. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 1346, 2^e colonne.

15. Marcel Rudloff : « Dès lors que le juge d'instruction existe, qu'il peut ordonner des perquisitions et décider la mise en détention provisoire de tous ceux qui risquent une peine d'emprisonnement de deux ans, pourquoi imposer des conditions supplémentaires à la décision d'interception. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2074, 2^e colonne.

constituerait en fait une remise en cause des instruments de travail du juge d'instruction, pilier de l'institution judiciaire française, et sèmerait le doute sur la pertinence de ses appréciations. Le monopole du juge d'instruction dans le domaine des écoutes judiciaires ne doit pas démunir ce magistrat des moyens d'investigations légaux.

§ II - LES LIMITES DU MONOPOLE DU JUGE D'INSTRUCTION

Si le juge d'instruction ne doit pas être entravé dans sa mission, son recours aux écoutes judiciaires ne sera pas automatique ; il sera soumis à des conditions.

I - LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES

A - L'établissement d'une liste limitative d'infractions

Les interceptions judiciaires pourraient n'avoir lieu que si telle ou telle infraction a été commise. La référence allemande a opté pour ce choix. Cette liste, exhaustive, a été perçue comme une entrave trop lourde pour le juge d'instruction.

B - Le critère de gravité des infractions

Cette voie a été suivie par les législateurs suisses et britanniques. Elle n'était pas inconnue en France¹⁶. Elle fut cependant jugée inadaptée au système judiciaire français.

II - LES CRITÈRES RETENUS

Le quantum avait été suggéré par le rapport Schmelck. Il est retenu. La discussion porte sur le seuil. Le rapport Schmelck préconisait un seuil de trois ans, qui aurait empêché le juge d'instruction de procéder à des interceptions judiciaires pour de nombreux délits. La proposition Toubon retient un seuil d'un an, qui

16. Dans l'arrêt Bacha Baroudé de la Cour de cassation du 15 mai 1990, il avait été fait explicitement allusion « à un crime ou à une autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public ».

englobe non seulement les délits ou les crimes mais aussi des contraventions. Le projet opte pour un butoir médian de deux ans.

Est retenue d'autre part la non-exclusion des avocats : l'avocat joue un rôle primordial dans l'institution judiciaire, puisqu'il assume la défense de la personne mise en examen. Il est lié à son client par un contrat comprenant une clause tacite d'obligation de moyens. La confiance entre l'avocat et le client est nécessaire. La liberté de communication entre l'avocat et son client est indispensable dans un État démocratique. Néanmoins, l'interception de conversations téléphoniques entre l'avocat et son client peut être envisagée quand l'avocat est présumé complice de son client.

La formulation du texte est négative ; elle met en exergue la protection accordée à l'avocat ; article 100-7 : « Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction. » Ces dispositions donnent lieu à discussion.

A - Le critère du quantum

Il est peu discuté mais le seuil semble soit insuffisant, soit trop élevé ; l'adéquation avec le seuil de la détention provisoire est évoquée. Il fait la quasi-unanimité. Seul un groupe s'y oppose et préfère le critère de la liste (atteinte à la Défense nationale, grand banditisme, trafic de stupéfiants)¹⁷. Ce dernier, tel qu'il est décliné par les adversaires du quantum, paraît trop laxiste au rapporteur et à ses collègues¹⁸.

1. La nature du seuil

Le seuil peut paraître insuffisant ou trop élevé : M. Toubon avait proposé dans sa proposition de loi un seuil d'un an. Il se rallie finalement aux deux ans. Le critère semble trop élevé aux esprits pointilleux en matière de libertés individuelles ; d'autre part, des amendements visant à faire passer le seuil de deux ans à un niveau supérieur sont déposés et repoussés¹⁹. Un seuil de deux ans risque de générer un nombre considérable d'écoutes judiciaires, de banaliser l'outil « interception de télécommunications » par le juge, d'en faire un moyen d'investigation non pas exceptionnel mais commun.

17. Amendement n° 26, déposé par M. Millet et les membres du groupe communiste et apparentés. « Rédiger ainsi le début de la première phrase du texte proposé pour l'article 100 du code de procédure pénale : "En matière d'atteinte à la Défense nationale, de grand banditisme et de trafics de stupéfiants..." », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3144, 2^e colonne.

18. « La commission a repoussé cet amendement. D'une part, la notion de grand banditisme n'est pas définie par le code pénal et on ne voit pas très bien quelles infractions elle recouvre. Les lois pénales sont en effet d'interprétation stricte, et il faut donc être plus précis. D'autre part, la réduction des possibilités d'écoutes aux cas prévus par l'amendement est inopportune. Elle exclurait, par exemple, des écoutes dans les affaires de meurtre ou de grande délinquance financière. » François Massot, *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3145, 1^{re} colonne.

19. Cf. amendement Thyraud, n° 21.

2. Seuil et primauté du juge d'instruction

Le seuil du quantum est équivalent à celui de la détention provisoire²⁰. Ce choix est volontaire. Le législateur a voulu que, pour les mêmes délits ou crimes, il soit possible à un juge d'instruction de recourir à un arsenal plus dissuasif que pour les petits délits et les contraventions : il sera habilité à écouter et à placer en détention la personne suspecte.

B - La licéité des interceptions d'avocats

L'avocat est lié par le secret professionnel (contrat avec le client) ; il concourt aussi au service public de la justice en assurant la défense sans laquelle la justice pénale dans un pays démocratique n'aurait pas de véritable signification.

1. La déloyauté éventuelle de l'interception d'une conversation par voie de télécommunications

Le gouvernement n'avait prévu aucune disposition concernant les avocats. Le silence n'était pas innocent : il permettait l'écoute des télécommunications d'un avocat (puisqu'il ne l'interdisait pas), mais sans le dire. Or, le gouvernement répugnait à s'engager dans la voie, sinon périlleuse, du moins difficile menant à l'écoute d'une personne en charge des droits de la défense. Henri Nallet a même déclaré, au cours de la discussion générale, qu'il serait « déloyal » que les conversations entre l'inculpé²¹ et son avocat fissent l'objet d'interception. En tout état de cause, le représentant du gouvernement fait savoir que l'interception d'une conversation téléphonique entre une personne inculpée et son avocat ne peut avoir qu'un caractère exceptionnel. Sinon, une atteinte serait portée au secret professionnel et surtout aux droits de la défense²².

Quant à la commission des lois, elle souhaitait l'introduction d'un amendement visant à interdire la pratique de ce type d'écoutes. Le cabinet d'un avocat serait, dans la relation avec le client, un sanctuaire où les tenants de l'ordre public ne pourraient s'introduire. Un parallèle implicite s'esquisse entre le caractère prétendument sacré des droits de la défense, emblématiquement imagée par le caractère sacré de certains lieux culturels attribué au cabinet, où les criminels étaient hors

20. La détention provisoire. Article 144 du code de procédure pénale : « En matière criminelle et correctionnelle, si la peine encourue est supérieure ou égale à deux ans d'emprisonnement ou en cas de flagrant délit, la détention provisoire, à titre exceptionnel, peut être ordonnée ou prorogée. » (C'est-à-dire lorsque la détention provisoire de la personne mise en examen est l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices ou d'empêcher une pression sur les témoins ou les victimes).

21. Ancienne dénomination de la personne mise en examen, avant la réforme du code pénal.

22. « Le juge d'instruction doit, dans tous ses actes, respecter les principes fondamentaux des droits de la défense et du secret professionnel. », Michel Sapin, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2079, 1^{re} colonne.

de portée de la justice. Cette mythologie des lieux sacrés trouve ses racines dans l'inconscient collectif²³ ; elle a été exploitée par des romanciers, des dramaturges, des réalisateurs.

L'avocat n'est pas au-dessus des lois : il peut être écouté comme n'importe lequel de ses concitoyens. C'est son rôle privilégié dans la défense qui pose question. Les droits de la défense visent à fournir à toute personne mise en cause à l'occasion d'une infraction une assistance spécifique.

À vrai dire, le procédé de l'interception de la conversation entre un avocat et son client n'est pas perçu comme parfaitement loyal. Il n'en demeure pas moins que la possibilité de l'écoute est, dans le même temps, considéré comme indispensable au juge d'instruction dans la procédure d'information.

2. L'écoute de l'avocat : une exception

Quant à l'interception de la conversation téléphonique entre un avocat et son client, les protagonistes déclarent que cette procédure doit être exceptionnelle. Leurs propos sont d'ailleurs précis sur le sujet.

2.1. Les critères applicables à l'exception

Selon les dires du ministre et des parlementaires, cette procédure exceptionnelle pourrait entrer en vigueur dans les cas suivants :

- l'avocat est présumé être le complice de son client²⁴,
- cette présomption repose sur un faisceau d'indices convergents,
- la mise en cause de l'avocat n'est pas possible par d'autres moyens,
- la situation est de nature urgente ou impérieuse.

Le juge d'instruction ne devrait donc avoir recours aux écoutes entre l'avocat et son client que très rarement²⁵. Le juge d'instruction ne devra pas faire entrer, en l'occurrence, l'écoute dans ses moyens d'investigations habituels.

2.2. Les conditions applicables à l'exception

Ces conditions mises à l'interception d'écoutes de télécommunications entre un avocat et son client ne sont pas reprises par la loi ou un texte réglementaire. Si un juge d'instruction cherche à comprendre et à rester fidèle à l'esprit d'une loi, il s'inspirera des données précédemment mentionnées. Si le juge d'instruction, pressé par la gestion de son temps et de ses affaires, s'en tient à la lettre de la loi,

23. Sur le sacré, cf. Laura LEVI MAKARIUS, *Le Sacré et la Violation des interdits*, Payot, 1979 ; Jean-Jacques WUNENBURGER, *Le Sacré*, PUF, 1987.

24. Michel Sapin : « Il faut absolument rappeler qu'un juge d'instruction ne doit pas prescrire d'interception des lignes téléphoniques d'un avocat en l'absence d'indices très sérieux de commission d'une infraction ou de participation à une infraction. C'est une raison de principe. Nous considérons que le juge d'instruction doit être bien conscient de cet impératif catégorique qu'est le respect, dans le cadre de sa mission, des droits de la défense. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2079, 1^{re} colonne.

25. Jacques Thyraud, « Chacun comprendra combien cette procédure à l'égard des avocats doit être exceptionnelle. En l'occurrence, je cherche à protéger la clientèle de l'avocat, et non pas l'avocat lui-même. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2079, 1^{re} colonne.

il ne sera lié par aucune disposition spécifique²⁶. Seul le principe général de respect des droits de la défense²⁷ s'impose à lui.

2.3. La garantie prévue par la loi

C'est le Sénat, et plus précisément l'amendement du sénateur Jacques Thyraud, qui sont à l'origine de cette modeste limitation. Le bâtonnier²⁸ est informé de l'interception de la ligne du cabinet d'un avocat ou de son domicile.

Un débat animé concerne la formulation de l'information. L'article additionnel employait les termes initiaux : « Sans que le bâtonnier en ait été informé. » Le gouvernement suggère de remplacer « ait été informé » par « soit informé »²⁹. Or, cette formule est beaucoup moins protectrice. En effet, si le bâtonnier « a été informé », l'interception ne peut commencer avant que le bâtonnier n'ait reçu cette information capitale.

Avec l'article 100-7, qui a retenu le sous-amendement gouvernemental « en soit informé », l'interception peut commencer avant que le bâtonnier n'ait été prévenu. Le bâtonnier n'a plus de contrôle en la matière ; il est un simple recours. N'aurait-il pas été souhaitable que le bâtonnier soit susceptible de procéder à un contrôle *a priori* ? La question reste pendante³⁰.

Une assimilation est effectuée entre la réactivité du bâtonnier lors d'une perquisition et la réactivité du bâtonnier à l'occasion d'une écoute de télécommunications. Une comparaison, qui est d'ailleurs devenue traditionnelle, s'établit entre la violation de domicile et la violation de correspondance. Les situations sont toutefois dissemblables. Le bâtonnier présent lors d'une perquisition peut procéder à une sélection entre les dossiers et exercer un véritable contrôle. Le bâtonnier ne peut jouer un rôle identique lors d'une écoute de télécommunications. Par exemple, il ne peut consacrer des heures, voire des jours, à écouter lui-même.

Un amendement envisageait d'informer le bâtonnier ou son délégué³¹. Le gouvernement n'a pas retenu l'information du délégué. Il a fait valoir que l'intervention d'un délégué ne se justifie pas, sauf si le bâtonnier est lui-même en cause. Or, cette hypothèse d'école n'a pas été envisagée. Une délégation, pour des affaires

26. Michel Dreyfus-Schmidt : « C'est seulement dans le cas où l'avocat est lui-même soupçonné qu'il peut, exceptionnellement, bien entendu, être mis sur écoute, on ne le dira jamais assez. J'aurais voulu que cela figure dans le texte. En effet, celui-ci ne fait pas de différence et il peut donc, lu rapidement, laisser penser au juge d'instruction qu'il a toutes possibilités de mettre sous écoute non seulement maître Untel, qui peut être complice de l'inculpé, mais également l'avocat de l'inculpé. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2080, 1^{re} colonne.

27. Les droits de la défense : J.-P. COSTA, « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, 1988 p. 133. Conseil d'État, 22 mai 1946. En droit pénal criminel, 12 juin 1952, *JCP* 1952 II 7241, note Brouchet ; J. LEAUTÉ, « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *Rev. sc. crim.*, 1953, p. 47.

28. Le bâtonnier : responsable du conseil de l'ordre.

29. Le sous-amendement gouvernemental concernant cette importance modification grammaticale porte le n° 65. *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2080, 2^e colonne.

30. Le compte rendu de la séance du Sénat du 25 juin 1991 mentionne, à propos de la mise au voix du sous-amendement n° 65 : « Après une épreuve à main levée, déclarée douteuse par le Bureau, le Sénat, par assis et levé, adopte le sous-amendement. », *JO*, Sénat, p. 2080, 2^e colonne.

31. Sous-amendement n° 25, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2079, 2^e colonne.

aussi sensibles, et dans cette zone de compétences spécifiques, peut sembler inopportune.

Pendant, si le bâtonnier remplit sa fonction de façon satisfaisante dans les petits barreaux, il n'en sera pas toujours de même pour les grands barreaux. Il est à craindre que le bâtonnier, à Paris, notamment, faute de disponibilité, quelle que soit sa conscience professionnelle, ne puisse exercer cette mission avec la minutie souhaitée. Un bâtonnier débordé organise son travail selon un ordre de priorité, et les écoutes de conversations entre avocats et clients ne seront sans doute pas prioritaires. Un délégué, dans les grands barreaux, aurait pu accomplir cette tâche avec efficacité. Ici, l'unicité du principe est mise à mal par une compétence dévolue à une seule autorité et par les dysfonctionnements générés par la multiplicité des responsabilités dévolues à un bâtonnier, dans un cadre de fonctionnement professionnel à flux tendu.

La fonction du bâtonnier est valorisée : le bâtonnier, dans la configuration des discussions qui ont accompagné cet article sur les écoutes de télécommunications entre avocat et client, est présenté comme un arbitre, un *deus ex machina* qui interviendrait avec à propos³².

Le bâtonnier réagirait si la décision entrait en application avant qu'il n'en eût connaissance. Il pourrait faire savoir au juge d'instruction qu'il convient d'exclure certaines interceptions. Si le bâtonnier se trouvait confronté à une irrégularité, il saisirait le procureur général auprès de la chambre d'accusation³³. Grâce au bâtonnier, le pouvoir du juge d'instruction ne serait pas excessif en la matière. Il serait le garant de l'équité des décisions arrêtées par le juge d'instruction.

Depuis que la loi est entrée en application, il a été impossible d'évaluer si le bâtonnier était bien le parfait garant d'une situation exceptionnelle.

Aucun tableau statistique n'a été publié sur le nombre d'écoutes concernant des conversations téléphoniques entre un avocat et son client. Les seules informations officielles proviennent des chambres d'accusation. Il apparaît que le bâtonnier a été amené à saisir des chambres d'accusation. Cela signifie-t-il que le bâtonnier a pu éliminer toutes les scories indésirables ? Cela n'est pas certain : dans les grands barreaux, le bâtonnier ne peut faire preuve de la même vigilance que dans les petits barreaux.

La saisine des chambres d'accusation n'est pas rarissime. Le juge d'instruction, d'après cette donnée³⁴, semblerait s'en tenir plus à la lettre qu'à l'esprit de la loi. Rien ne permet d'affirmer que le juge d'instruction confond souvent, parmi les avocats, ceux qui sont complices d'une infraction et ceux qui exercent normalement les prérogatives de la défense d'une personne mise en examen. Une dérive, dont l'importance ne peut être mesurée, semble néanmoins évidente.

Le juge d'instruction dispose d'ailleurs d'un autre moyen pour lutter contre les avocats complices de leurs clients, ou trop « solidaires » de leurs clients : les

32. Marcel Rudloff : « Le bâtonnier n'est pas n'importe qui... Le bâtonnier ne se laissera jamais faire ! La meilleure garantie pour qu'une information se fasse convenablement, c'est l'information du bâtonnier. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2080, 2^e colonne.

33. La chambre d'accusation contrôle le déroulement de l'instruction.

34. Cf. décisions des chambres d'accusation.

entendre comme témoins³⁵. Ce procédé est utilisé avec une fréquence qui s'est accrue au cours des années 1990.

C'est au ministre de la Justice de rappeler aux juges d'instruction l'obligation de se conformer à l'esprit et à la lettre de la loi. C'est surtout aux juges d'instruction de s'en rappeler.

SECTION DEUX LES MODALITÉS DE L'ÉCOUTE JUDICIAIRE

La CEDH avait insisté sur la nécessaire précision avec laquelle il sera procédé aux interceptions judiciaires légales. La loi française est légitimement minutieuse.

§ I - LA LICÉITÉ DES ÉCOUTES JUDICIAIRES : CONDITIONS DE FOND ET DE FORME

La durée, la renouvelabilité, les personnes qualifiées pour procéder aux interceptions de télécommunications, la transcription de l'écoute judiciaire, la destruction des enregistrements, font l'objet d'indications.

I - LA DURÉE ET LA RENOUVELABILITÉ

Elle s'inspirent des références européennes, mais aussi des propositions de la commission Schmelck : avant la loi de 1991, et selon les règles fixées par la Cour de cassation, la commission rogatoire³⁶ autorisée par le juge était à l'origine de l'opération de l'interception. Muni de la commission, l'officier de police judiciaire faisait une réquisition auprès du service compétent à France Télé-

35. Tout avocat entendu comme témoin est dessaisi d'une affaire. Il ne peut plus assurer la défense de son client.

36. Sur la commission rogatoire, cf. Code de procédure pénale, article 151. Le juge d'instruction peut requérir par commission rogatoire tout officier de police judiciaire de procéder à un acte d'instruction ; la commission rogatoire indique la nature de l'infraction, objet des poursuites.

com³⁷, opérateur historique et en situation de monopole, pour ordonner le renvoi de la ligne à surveiller sur une ligne aboutissant au local où les enregistrements étaient effectués.

Les lignes téléphoniques de Paris et de « la petite couronne » étaient déviées sur les salles de la direction centrale de la police judiciaire. En province, les interceptions aboutissaient soit dans les centres spécialisés de la police judiciaire quand les moyens étaient suffisants, soit dans les commissariats ou gendarmeries. Dans la salle d'écoutes, la ligne dérivée pour écoutes débouchait sur un intercepteur et les communications étaient enregistrées sur cassettes, que l'officier de police judiciaire écoutait périodiquement.

Le rapport Schmelck n'était pas parvenu à chiffrer le nombre des écoutes judiciaires. La commission des lois, avant la discussion de la loi du 10 juillet 1991, a fait mention de cinq à six cents opérations en cours à une date donnée.

A - La durée des interceptions

La Cour européenne des droits de l'homme avait fait remarquer que rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure. Les auteurs de la loi ont donc discuté de la durée qu'il convenait d'adopter. Les modèles sont très différents ; la loi allemande détermine une durée de trois mois, et la loi italienne de quinze jours³⁸. Le projet de loi français propose une durée de quatre mois.

1. Une durée insuffisamment protectrice pour le maintien de l'ordre public ?

Cette durée paraît à certains insuffisamment protectrice pour le maintien de l'ordre public. Dans sa proposition de loi, Jacques Toubon envisageait une durée de six mois, ce qui était très long. Il ne présente pas d'amendement.

2. Une durée insuffisamment protectrice pour les libertés individuelles ?

Cette durée paraît à d'autres insuffisamment protectrice pour les libertés individuelles. À l'Assemblée nationale, est présenté un amendement abaissant la durée

37. France Télécom était en 1991 un exploitant public en situation de monopole dans le domaine des réseaux et des services de télécommunications vocales (loi du 2 juillet 1990). L'exploitant public était une nouvelle personne morale créée par la loi de juillet 1990. Les deux seuls exploitants publics furent : France Télécom et La Poste, tous deux issus du démembrement de l'ancien ministère des Postes et Télécommunications. Certains juristes firent remarquer que, malgré le recours à la loi, l'exploitant public était une forme d'EPIC auquel il ressemblait par l'organisation et l'obligation de spécificité. La jurisprudence semble avoir confirmé l'hypothèse doctrinale.

38. Le ministre délégué à la Justice déclare cependant : « Aucun pays ne s'est imposé, s'agissant des écoutes judiciaires, des limites plus strictes. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3147, 2^e colonne.

à deux mois³⁹. Cette durée apparaît insuffisante au rapporteur, à la commission des lois et à l'Assemblée nationale : elle ne permettrait pas de combattre efficacement les crimes et les délits.

Au Sénat, est présenté aussi un amendement abaissant la durée à deux mois⁴⁰. La durée de quatre mois ne fait pas l'objet d'un débat animé. Un consensus se manifeste en la matière. N'oublions pas que la durée prévue par la commission Schmelck était de trois mois. La pratique en revanche était souvent de quatre mois, et parfois plus. Voilà pourquoi le souci du maintien de l'ordre public est rappelé pour justifier cette durée⁴¹.

B - La renouvelabilité

Devant la commission des lois, le projet prévoyait la prolongation d'une première interception. Le rapporteur fit remarquer que le renouvellement pouvait être opéré autant de fois que cela paraissait souhaitable.

1. Le débat sur la renouvelabilité

Une seule renouvelabilité paraît indispensable aux défenseurs des libertés individuelles.

2. Le seuil des quatre mois

L'interception, avec ou sans renouvelabilité, ne peut pas dépasser quatre mois : ce point de vue est défendu par plusieurs sénateurs, qui jugent excessif que la durée d'une écoute puisse atteindre ou dépasser huit mois⁴². La limitation de l'interception se justifie, non seulement par une préoccupation relative aux libertés publiques, mais également par une volonté de rationaliser la justice⁴³.

39. Amendement n° 27 présenté par M. Millet et les membres du groupe communiste et apparentés.

40. « La durée de l'interception ne peut excéder deux mois. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 5147, 2^e colonne. Amendement n° 53 présenté par M. Lederman, Mme Praysse, MM. Cazalis, Pagès, Viron, Bécart, Jouffrin, membres du groupe communiste et apparentés. *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2076, 2^e colonne.

41. Ministre délégué à la Justice : « Il ne faut pas oublier, en effet, que s'il convient d'assurer la défense des libertés, il est indispensable de prévoir l'utilisation des moyens nécessaires à la recherche de la vérité dans certaines instructions. Je pense en particulier au terrorisme, aux enlèvements d'enfants. », *JOAN*, 21^e séance du 13 juin 1991, p. 3148, 1^{re} colonne.

42. L'amendement n° 24, déposé par Jacques Thyraud prévoit que l'interception pourra se faire en une seule ou plusieurs fois, sans dépasser le butoir de quatre mois. « L'interception pourra avoir lieu, en une ou plusieurs opérations, sans que sa durée puisse au total excéder quatre mois. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2076, 2^e colonne. Amendement n° 53 présenté par le groupe communiste : « L'interception ne peut être renouvelée qu'une fois. » Comme le groupe communiste proposait un seuil de deux mois, le butoir après renouvellement est de quatre mois. *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2076, 2^e colonne.

43. Jacques Thyraud : « Cette durée me paraît excessive. Nous nous plaignons toujours des lenteurs de l'instruction, des trop longues durées de détentions provisoires. Il ne faut pas, sous prétexte qu'une écoute est en cours, que la procédure se prolonge. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2077, 1^{re} colonne.

En fait, le texte définitif stipule que l'autorisation sera renouvelée dans les mêmes conditions de forme et de durée jusqu'à ce qu'elle devienne inutile. L'interception, moyen d'exception mis à la disposition du juge d'instruction, doit s'adapter à sa finalité : la manifestation de la vérité. Or, la vérité ne sort pas brusquement d'un puits, sur l'ordonnance d'un juge d'instruction magicien. C'est la raison pour laquelle l'interception doit pouvoir se renouveler, selon la logique et les péripéties de l'instruction.

L'association de la durée et de la renouvelabilité, tout en exigeant un formalisme auquel se soumettra le juge d'instruction, permet des écoutes judiciaires longues, dans le cadre d'informations qui prennent en compte la réduction des crédits et le manque de moyens en personnel.

Il n'existe pas d'informations statistiques publiques sur la durée et les renouvelabilités des interceptions. Une extrapolation générale serait infondée. Cependant, il semble que la durée et la renouvelabilité, après décision du juge d'instruction, dépendent souvent, sauf aveu et fermeture rapide de l'information, de la gravité de l'infraction. Le budget de fonctionnement étant limité, le juge d'instruction renouvellera prioritairement l'autorisation d'interception dans le domaine de la criminalité, et surtout de la grande criminalité. Certaines affaires sensibles peuvent justifier un surcroît d'investigations⁴⁴. Quelle que soit la nature de l'affaire, la qualité des personnes habilitées à intervenir dans le processus d'intervention infléchit le processus juridique et technique.

II - LA QUALITÉ DES PERSONNES QUALIFIÉES

La qualité des personnes qualifiées pour intervenir dans les interceptions des télécommunications fait l'objet de dispositions législatives et réglementaires, tout comme les modalités de transcription judiciaire et la destruction des enregistrements. S'il est opportun de déterminer que, seul, le juge d'instruction est habilité à autoriser les écoutes judiciaires, il est important d'envisager les autres personnes impliquées dans les interceptions : les personnes physiques, les personnes morales.

A - Les intervenants dans le processus d'exécution des interceptions judiciaires

1. Les personnes physiques

1.1. Les personnes disposant du pouvoir de réquisition

La question se pose de savoir s'il doit y avoir identité entre la personne habilitée à autoriser l'interception (le juge d'instruction) et la personne habilitée à requérir les agents d'exécution.

44. Le service public n'est pas censé obéir à la rationalité économique, mais il lui est conseillé, y compris dans la justice, de se soumettre aux impératifs de la gestion.

Pour certains juristes, la responsabilisation du juge d'instruction implique que ce magistrat soit amené à conduire le processus d'interception du début jusqu'à son terme. Dans cette optique, il n'est pas possible qu'une autre personne⁴⁵ puisse procéder à des réquisitions.

Pour les autres juristes, l'identité ne repose sur aucune base juridique. Le juge d'instruction est responsable de l'autorisation. C'est lui qui enclenche le processus d'interception. L'exécution n'est qu'une application de l'acte d'interception autorisée. Cependant, même l'exécution est entourée de garanties maximales. Seule, une autre profession⁴⁶ présente suffisamment de garanties et d'acquis cognitifs dans le domaine des interceptions judiciaires et aussi dans celui des enquêtes nécessaires à l'information : celle d'officier de police judiciaire. La commission des lois rejette un amendement⁴⁷ réservant la réquisition au juge d'instruction⁴⁸. Si la police judiciaire ne peut autoriser l'interception, elle intervient dans l'exécution⁴⁹.

1.2. Les personnes requises

Les personnes physiques pouvant faire l'objet d'une réquisition sont les agents publics puis des agents qualifiés. Dans l'optique du monopole des réseaux et des services vocaux de télécommunications, un agent public, assermenté, devrait exécuter son travail avec conscience et discrétion⁵⁰. Cet agent public présenterait des capacités, des garanties sérieuses. Il pourrait être habilité. L'habilitation serait délivrée par le Parquet ou le procureur général.

Moins les techniciens⁵¹ seront nombreux et plus les dangers de dysfonctionnements seront limités. Plusieurs configurations ont été imaginées : Jacques Toubon a envisagé un grand service central des interceptions⁵², puis y a renoncé. François d'Aubert suggère que les agents publics⁵³ soient des agents de France

45. Même si, auparavant, la jurisprudence française admettait la licéité d'écoutes judiciaires ordonnées par d'autres personnes que le juge d'instruction ; la loi de 1991 en a terminé avec cette pratique.

46. La profession de policier : le projet de loi stipule (article 100.3) : « Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire. » Cf. Rapport Massot.

47. Amendement n° 58 du projet de loi de 1991, présenté par François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon : « Dans le premier alinéa du texte proposé pour l'article 100.3 du Code de procédure pénale, supprimer les mots : "ou l'officier de police judiciaire". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3149, 1^{re} colonne.

48. Le support juridique.

49. *Idem*.

50. Jacques Toubon avait présenté un amendement n° 36 ainsi libellé : « Procédure pénale. Seules les personnes ayant la qualité d'agents publics peuvent procéder à l'exécution matérielle d'une interception. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3148, 1^{re} colonne. Jacques Toubon retire cet amendement après avoir obtenu des éclaircissements de la commission des lois.

51. Problématique de la compétence et d'une trop grande exigence.

52. Jacques Toubon explique qu'il avait d'abord pensé à un EPA (Établissement public à caractère administratif) chargé des écoutes. Il ne précise d'ailleurs pas si cet EPA se serait substitué au GIC. *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3148, 1^{re} colonne.

53. Amendement n° 9 présenté par François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon : « Dans le premier alinéa du texte proposé pour l'article 100.3 du code de procédure pénale, substituer aux mots "qualifié d'un service", les mots "ayant la qualité d'agent public d'un service". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3149, 1^{re} colonne.

Télécom. Certes, François d'Aubert n'ignore pas que d'autres personnes morales que France Télécom procèdent à des interceptions judiciaires, mais cette réalité lui paraît un inconvénient et non un avantage⁵⁴. François d'Aubert souhaiterait d'ailleurs que France Télécom crée deux services spécialisés : l'un dans les écoutes judiciaires, l'autre dans les écoutes administratives⁵⁵. À ce sujet, le ministre fait remarquer que cette proposition manque de pertinence puisque les techniciens, qu'ils s'intéressent aux écoutes judiciaires ou aux écoutes administratives, ont une formation identique, très pointue.

L'expression « agent public » paraît inutile quand l'opérateur France Télécom est désigné pour procéder à des écoutes judiciaires. Les agents de France Télécom sont des fonctionnaires⁵⁶. En fait, depuis de nombreuses années, France Télécom emploie à la fois des fonctionnaires et des agents de droit commun. Depuis que France Télécom est devenu une SA, le nombre de fonctionnaires se réduit d'année en année⁵⁷.

Même en 1991, le juge d'instruction s'adresse parfois non pas à des agents publics mais à des personnes privées⁵⁸. Une ambiguïté s'attacherait au statut de ces personnes privées⁵⁹. Les officines n'ont pas toujours une parfaite réputation, du moins sur le plan technique⁶⁰.

54. François d'Aubert : « La seule règle simple en la matière est, pour prendre le maximum de garanties, de confier cette affaire extrêmement délicate à un nombre réduit de personnes ayant la qualité d'agent public ; il devait s'agir, à mon avis, des agents de France Télécom. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3148, 2^e colonne.

55. François d'Aubert : « Les mêmes personnels, sans doute ceux de France Télécom, seront appelés à procéder à la fois aux interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire et aux interceptions de sécurité. Or, j'estime que, pour assurer l'efficacité de ce texte, il faudrait éviter qu'il en soit ainsi, car les intéressés devenant trop spécialisés dans ce genre d'opération, on risque d'avoir des dérapages. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3149, 2^e colonne.

56. Le gouvernement avait demandé au Conseil d'État s'il était possible qu'une grande société anonyme emploie des fonctionnaires. Le Conseil d'État avait répondu positivement, en ajoutant que cette possibilité était soumise aux conditions suivantes :

- le président du conseil d'administration est nommé par le gouvernement,
- c'est le président du conseil d'administration qui nomme les fonctionnaires,
- les agents de France Télécom participent à l'exécution d'une mission de service public.

Ce service public a été défini dans la LRT (Loi de réglementation des télécommunications) du 26 juillet 1996 avec, notamment, les rubriques « services obligatoires » et « service universel ».

57. Voir « Bilans sociaux » de France Télécom, de 1990 à 1999.

58. Le ministre délégué à la justice : « Il est fréquent que le juge d'instruction – ou sur commission rogatoire l'officier de police judiciaire – s'adresse non pas à des agents publics mais à des personnes ou à des organismes privés, que nous qualifierons d'officines privées. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3148, 2^e colonne.

59. François d'Aubert : « Les services privés en question sont, qu'on le veuille ou non, sous la tutelle technique de France Télécom, laquelle garde un œil sur les installations. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3148, 2^e colonne.

60. François d'Aubert : « En France, les services privés sont peu nombreux. Le seul qui ressemble à un service de télécommunications est celui concernant les téléphones de voiture, [...] il subsiste le risque évident des officines. Mais si l'on mélange les privés qui peuvent être des officines avec ceux qui sont des opérateurs de service, on confond un peu tout. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3148, 1^{re} colonne.

Le gouvernement, anticipant sur l'évolution, envisage de confier les missions d'interceptions aux agents qualifiés des exploitants de réseaux ou aux fournisseurs de services de télécommunications autorisés⁶¹.

Depuis la loi du 26 juillet 1996, des agents qualifiés des divers opérateurs sont requis pour procéder à des écoutes judiciaires. La réquisition est prévue dans les cahiers des charges auxquels sont soumis les titulaires d'autorisations de réseaux et de services⁶². À la fin du XX^e siècle, de nombreuses réquisitions concernent cependant des agents de France Télécom qui ont une longue expérience d'un métier particulier et qui ont fait la preuve de leurs aptitudes techniques et de leur moralité. Les agents requis ne seront pas nombreux. La trop grande qualification des techniciens des écoutes induit d'ailleurs des craintes⁶³.

Le ministre assure que la qualification ne sera pas seule prise en considération. La qualification est afférente aux conditions de compétences techniques, nécessaires au bon déroulement d'une interception. D'autres critères, de moralité notamment, seront également exigés. Le secret professionnel maintient les techniciens dans une totale réserve à l'égard des informations dont ils prennent connaissance à l'occasion des interceptions. La moralité implique également l'absence de casier judiciaire⁶⁴.

Cette préoccupation interpelle les parlementaires, les juristes⁶⁵ : des amendements sont proposés⁶⁶. Un délit d'interception de correspondances émises par voie

61. François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon avaient déposé un amendement n° 60, ainsi rédigé : « Dans le premier alinéa du texte proposé pour l'article 100.3 du code de procédure pénale, supprimer les mots "ou tout agent qualifié d'un exploitant de réseau ou fournisseur de services de télécommunications autorisé". » L'amendement a été repoussé par la commission des lois, représenté par François Massot. Le nouveau régime des télécommunications prévoit que certains services peuvent être gérés par des « personnes privées ». *JOAN*, du 13 juin 1991, p. 3149, 1^{re} colonne.

62. Article L33.1 sur l'établissement des réseaux ouverts au public. Article L34.1 sur la fourniture du service téléphonique au public. L'autorisation est soumise à l'application des règles contenues dans les cahiers des charges. Loi n° 96.659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications.

63. Jacques Toubon : « Le ministre a rappelé que, pour effectuer les écoutes, on recourait à des personnes qualifiées et même spécialement qualifiées. Cela signifie-t-il qu'elles seront spécialement qualifiées pour faire des constructions ou qu'elles seront spécialement qualifiées pour appliquer la loi ? Je me permets de poser cette question parce que la qualification dans ce domaine ne nous donne pas tout à fait garantie que la loi sera vraiment respectée. Certaines qualifications peuvent même permettre d'aller à l'encontre de la loi. », *JOAN*, séance du 13 juin 1991, p. 3149, 1^{re} colonne.

64. Le casier judiciaire ne préjuge pas de la moralité privée, mais permet de disqualifier les personnes qui auraient été condamnées pour crime et délits.

65. Dans son avis sur les projets de loi afférents aux écoutes, le Conseil d'État avait proposé l'institution d'une incrimination spécifique. Cet avis est pris en compte par les parlementaires.

66. Amendement n° 75, présenté par François Massot, rapporteur. Il est ajouté après l'article 186 du code pénal un article 186.1, ainsi rédigé : « Article 186.1 : Tout dépositaire ou agent de l'autorité publique, tout agent de l'exploitant public des télécommunications, tout agent d'un autre exploitant de réseau de télécommunications autorisé ou d'un autre fournisseur de service de télécommunications agissant dans l'exercice de ses fonctions, qui aura ordonné, commis ou facilité, lors des cas prévus par la loi, l'interception ou le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou la divulgation de leur contenu, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 5 000 F à 300 000 F.

de télécommunication, qu'il soit commis par un agent public, ou un agent soumis au droit commun, est mentionné.

Le débat porte sur deux thèmes : la rédaction de l'article 15 et le caractère plus ou moins dissuasif de la répression. L'article 15 peut être en adéquation avec le code pénal de 1991 ou anticiper sur le nouveau code pénal.

Le rapporteur François Massot a la velléité de prendre en compte le nouveau code pénal⁶⁷. Il renonce cependant à son amendement, car la majorité des députés est favorable à un article rédigé en concordance avec l'ancien code pénal⁶⁸.

(Suite de la note n° 66, page 104)

Hors des cas prévus à l'alinéa ci-dessus, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 5 000 F à 100 000 F quiconque aura, de mauvaise foi, intercepté, détourné, utilisé ou divulgué des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications. » L'article L41 du code des P et T est remplacé par les dispositions suivantes : « Article L41 : Tout agent de l'exploitant public, tout agent d'un exploitant de réseau de télécommunications autorisé ou d'un fournisseur de services de télécommunications qui viole le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est puni des peines mentionnées à l'article 186.1 du code pénal. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3166, 1^{re} colonne. Amendement n° 52 présenté par Jacques Toubon. Il est inséré, après l'article 186 du code pénal, un article 186.1 ainsi rédigé : « Tout fonctionnaire ou agent du gouvernement ou de l'administration qui, hors des cas où la loi l'autorise, procédera à la captation ou à l'enregistrement d'une communication au moyen d'un dispositif quelconque sera puni d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de 6 000 F à 100 000 F. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3165, 2^e colonne. Amendement n° 78 présenté par Jacques Toubon. « Après l'article 24, insérer l'article suivant : "Toute personne qui aura ordonné, pratiqué ou utilisé des interceptions en méconnaissance des dispositions de la présente loi sera passible des peines prévues à l'art. 368 du code pénal". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3165, 2^e colonne. Jacques Toubon abandonne son amendement. Une discussion très fouillée s'engage sur la conformité du futur article 25 avec l'ancien et le nouveau code pénal. L'ancien code pénal, celui qui est visé par ces amendements, prévoit un plancher et un plafond. L'actuel code pénal supprime la fourchette. Si les parlementaires choisissent d'attendre la sortie du nouveau code pénal, ils n'insèrent aucune disposition dans le texte de 1991, et, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, les manquements aux dispositions ne sont pas sanctionnés. Le Parlement opte rapidement pour des dispositions transitoires, rédigées avec soin, et dont la transposition dans le nouveau code pénal ne présentera pas de difficultés particulières. Une harmonisation tend à s'effectuer avec le droit applicable en matière postale... dans l'attente du nouveau code pénal.

67. L'amendement n° 80, présenté par François Massot, rapporteur, et Gérard Gaizes est ainsi rédigé : « Après l'article 24, insérer l'article suivant : "L'article 368 du code pénal est ainsi rédigé : 'Article 368. Est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende quiconque aura, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1° En captant, enregistrant ou transmettant sans le consentement de l'auteur des paroles prononcées à titre privé.

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". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3167, 1^{re} colonne.

68. François Massot : « Il s'agit de donner immédiatement à l'article 368 du code pénal la nouvelle rédaction prévue par le projet de loi portant réforme de code. Mais, pour ma part, je ne verrai pas grand inconvénient à ce que cet amendement soit retiré. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3167, 2^e colonne.

La répression est plus ou moins dissuasive selon les peines envisagées⁶⁹. Un relatif allègement est proposé au Sénat sur la base des dispositions pénales en matière postale. Il serait possible de sanctionner, non seulement ceux qui ont tiré profit de l'écoute, mais aussi ceux qui auront procédé à l'installation, source éventuelle de bénéfices dans la pratique commerciale⁷⁰. L'idée fait l'unanimité. Elle a un aspect consensuel.

Le nouveau code pénal redéfinit l'atteinte au secret des correspondances⁷¹. Dans « l'atteinte au secret des correspondances », une distinction est établie entre le premier et le deuxième alinéa, contrairement à ce qui apparaissait originellement, entre la personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, et, d'autre part, un agent d'un exploitant de réseau de télécommunications ou d'un fournisseur de services de télécommunications⁷². La nouvelle rédaction est plus précise que l'ancienne. Dans la fourchette, ce sont les plafonds qui ont été retenus. L'installation d'appareils conçus pour réaliser les interceptions est mentionné dans l'arrêt 226.15 sur l'atteinte au secret des correspondances.

69. Par amendement n° 16, Marcel Rudloff, au nom de la commission, propose de modifier ainsi le premier alinéa de l'article 186.1 du code pénal : « L'utilisation ou la divulgation de leur contenu sera punie d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans, et d'une amende de 500 F à 15 000 F. » Un sous-amendement n° 52 est présenté par M. Lederman, Mme Fraysse, MM. Cazalis, Pagès, Renar, Viron, Pécart, Souffrin. Aux termes « cinq ans » seraient substitués les mots « trois ans ». Paul Souffrin argue de ce qu'une sanction de cinq ans lui semble un peu excessive. Le sous-amendement est cependant retiré. Le Sénat adopte l'amendement n° 16. Le texte antérieur sera rétabli par la suite. *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2098, 2^e colonne. Par amendement n° 34, Jacques Thyraud suggère d'ajouter « pour l'article L186.1 du Code pénal, après "de mauvaise foi", "procéder à l'installation des appareils conçus pour réaliser des interceptions" ». Jacques Thyraud explique : « Mon amendement tend à ce que la sanction frappe celui qui a installé les dispositifs d'interception. » Non seulement l'amendement est voté, mais il s'intégrera dans le texte définitif de la loi. *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2098, 2^e colonne.

70. Paragraphe 2. De l'atteinte au secret des correspondances. Article 226.15 : « Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions » (article 186.1 et 187 de l'ACP).

71. Cf. note 70.

72. Paragraphe 4 : des atteintes au secret des correspondances. Article 432.9 : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors des cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture des correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 800 000 F d'amende. »

« Est puni des mêmes peines le fait, par une personne visée à l'alinéa précédent ou un agent d'un exploitant de réseau de télécommunications autorisé en vertu de l'article L33.1 du code des Postes et Télécommunications ou d'un fournisseur de services de télécommunications, agissant dans l'exercice de ses fonctions, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors des cas prévus par la loi, l'interception ou le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par voie de télécommunications, l'utilisation ou la divulgation de leur contenu (article 187, alinéa 1, de l'ancien code pénal).

C'est le décret n° 93.119 du 28 janvier 1993⁷³ qui précise les critères auxquels doit obéir une personne physique chargée des interceptions. Dans l'intervalle, ce sont principalement les agents de France Télécom qui ont continué à assurer le travail. Sont qualifiés les agents techniquement compétents (critère de capacité) qui sont employés depuis deux ans chez le même opérateur (critère d'ancienneté). Ces agents n'ont fait l'objet d'aucune condamnation pénale inscrite au bulletin n° 2 de leur casier judiciaire (critère de moralité : il ne s'agit pas de délinquants ou de criminels). Cette condition est assurée grâce aux bons soins du procureur de la République qui se voit adresser la liste des agents ne relevant pas de la fonction publique.

L'addition des critères de capacité, d'ancienneté, de moralité semble présenter suffisamment de garanties au regard des autorités réglementaires, ministre de la Justice, ministre en charge des télécommunications, pour que les agents chargés de l'exécution des écoutes judiciaires ne tombent pas sous le coup des sanctions pénales et exercent leur mission professionnelle avec sérieux, zèle et tact⁷⁴.

La réquisition est adressée par écrit, en ce qui concerne les agents de France Télécom, aux responsables territoriaux des lieux où l'interception est réalisée⁷⁵, en ce qui concerne les autres agents, à la personne titulaire de l'autorisation ou à la personne spécialement désignée par elle.

Le ministre ayant en charge les télécommunications établit la liste des responsables compétents pour recevoir l'ordre de réquisition. Les responsables doivent se conformer aux mêmes critères d'ancienneté et de moralité que les agents précédemment mentionnés. C'est la personne responsable qui assure la confidentialité des informations relatives à l'identité des agents désignés. C'est elle qui rappelle⁷⁶ à l'agent les dispositions légales des articles 25 et 26, les sanctions pénales encourues si l'agent ne respecte pas les règles de droit dans le domaine des écoutes de télécommunications. Des peines complémentaires peuvent s'adjoindre aux dispositions de l'article 432.9 du code pénal⁷⁷.

73. Décret n° 93.119 du 28 janvier 1993 relatif à la désignation des agents qualifiés pour la réalisation des opérations matérielles nécessaires à la mise en place des interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication autorisées par la loi n° 91.646, du 10 juillet 1991.

74. Dans la mesure où les personnes placées sous écoute judiciaire ne sont pas prévenues de la mesure d'instruction dont elles sont l'objet, les garanties se doivent d'être les plus fortes possible.

75. L'organigramme de France Télécom est instructif à cet égard. Cet opérateur a une structure décentralisée, avec, entre 1990 et 1996, des DR (directions régionales), des CCL (centres de construction des lignes), et, depuis la réforme des unités opérationnelles.

76. L'autorité hiérarchique se doit d'éclairer les personnes qui sont placées sous ses ordres sur les objectifs qui leur sont fixés et les pénalités encourues si ces objectifs sont détournés de leur finalité.

77. Le nouveau code pénal prévoit, dans sa section IV, des peines complémentaires.

« Article 432.17. Dans les cas prévus par le présent chapitre, peuvent être prononcées, à titre complémentaire, les peines suivantes :

1° L'interdiction des droits civils, civiques et de la famille, suivant les modalités prévues par l'article 131.26.

2° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131.27, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle la confiscation a été commise.

3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131.21, des sources ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution. »

2. Le matériel et les personnes (physiques et morales)

Les personnes morales, qui fabriquent, exploitent les matériels nécessaires aux écoutes, jouent également un rôle essentiel dans les interceptions, en particulier les écoutes judiciaires.

Les matériels constituent un centre d'intérêt convergent pour les scientifiques, les commerçants, les économistes, les juristes. De la fiabilité et du bon usage du matériel dépend l'équilibre incertain entre sécurité et ordre public. L'anarchie n'est donc pas de mise dans le secteur des matériels et de la publicité du matériel. L'article 24 du projet de loi est voté par l'Assemblée nationale⁷⁸. Devant le Sénat, Jacques Thyraud fait remarquer que l'article 371 a été introduit dans l'ancien code pénal en 1970. Cet article stipulait que la vente et l'usage de certains appareils permettant l'espionnage électronique feraient l'objet de poursuite et qu'une liste de ces appareils serait rapidement publiée. Vingt ans ont passé et la liste n'a pas été publiée. Les arguments invoqués pour expliquer cette défaillance sont d'ordre technique. La technologie est en constante évolution et les appareils risquent de devenir obsolètes du jour au lendemain. Tous les deux ans, une exposition permet aux professionnels de prendre connaissance des nouveautés, du moins des nouveautés qu'il paraît convenable de mettre au jour⁷⁹. L'attente de la liste risque de se prolonger, même si un arrêté est annoncé. En effet, en admettant qu'un arrêté survienne très rapidement, la liste devra être revue très fréquemment. Jacques Thyraud renoue avec les travaux de la commission Schmelck, à laquelle il a appartenu. Il préfère un dispositif d'ordre général qui empêche les écoutes sauvages, un régime d'autorisation, au système de la liste⁸⁰. Jacques Thyraud reconnaît que le système est imparfait. Même avec une autorisation, il sera aisé de se procurer des matériels litigieux à l'étranger. Il existe une internationale des matériels d'écoutes, comme il existe des services habilités à lutter contre la grande criminalité au-delà des frontières.

78. Article 24. L'article 371 du code pénal est ainsi rédigé : « Article 371. Une liste des appareils conçus pour réaliser des opérations pouvant constituer l'infraction prévue à l'article 368 sera dressée dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. Les appareils figurant sur la liste ne pourront être fabriqués, importés, détenus, exposés, offerts, loués ou vendus qu'en vertu d'une autorisation ministérielle dont les conditions d'octroi seront fixées par le même décret. Est interdite toute publicité en faveur d'un appareil susceptible de permettre la réalisation de l'infraction prévue à l'article 368, lorsqu'elle constitue une incitation à commettre cette infraction. Sera puni des peines prévues à l'article 368 quiconque aura contrevenu aux dispositions des alinéas précédents. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3165, 2^e colonne.

79. Ces expositions se tenaient régulièrement (périodicité de deux ans), au Bourget. À chaque exposition, les anciens appareils étaient remplacés par de nouveaux produits, dont la conception différait quelquefois totalement de ce qui avait paru efficace jusqu'alors. Face aux besoins sécuritaires, inventeurs et commerçants débordent d'imagination.

80. Amendement n° 33, présenté par Jacques Thyraud : « Premier alinéa du texte présenté pour l'article 371 du code pénal. "Les appareils conçus pour réaliser les opérations pouvant constituer l'infraction prévue à l'article 368 ne pourront être fabriqués, importés, détenus, exposés, offerts, loués ou vendus qu'en vertu d'une autorisation ministérielle." », *JO*, Sénat, séance du 24 juin 1991, p. 2096, 2^e colonne.

Deux arguments sont opposés à cette proposition de Jacques Thyraud :

– Les carences du passé ne justifient pas l'institution d'un nouveau régime contestable. Il serait quasi impossible de soumettre tous les matériels à un système d'autorisation⁸¹.

– Le régime d'autorisation pose un problème de légalité, voire de constitutionnalité. La répression des infractions au régime d'autorisation implique que les appareils soient bien identifiés. Or, l'identification n'est pas aisée. Par ailleurs, dans la mesure où elle est un élément constitutif de l'infraction, elle ne saurait s'appuyer sur une simple autorisation. Le gouvernement réclame un document qui serait un support juridique et qui revêtirait une valeur juridique supérieure à celle de l'autorisation ministérielle. De fait, il préfère le système de la liste.

De plus, l'article 368 de l'ancien code pénal ne prévoit pas de peine atteignant le seuil de deux ans qui justifierait l'autorisation par le juge d'instruction de faire écouter ceux qui écoutent⁸². Certes, l'article 25 envisage les dispositions indispensables mais l'article 368 se désintéresse du télex, de la télécopie, de l'ordinateur : les personnages qui utilisent ces moyens ne sont pas concernés. Surtout, les particuliers⁸³ recourant à des interceptions qui ne seraient pas des écoutes téléphoniques ne seraient pas concernés. Le ministre rappelle que le deuxième paragraphe de l'article L86.1 concerne les particuliers⁸⁴.

La liste deviendra un bon système quand elle sera connectée aux arrêtés ministériels. Ceux-ci, d'une valeur juridique inférieure aux décrets, sont plus souples que ces derniers, pris avec ou sans avis du Conseil d'État ; leur adaptabilité en fonction de la rapidité des mutations technologiques sera aisée. La loi détermine les principes qui sont explicités par le décret. L'arrêté est précis quant au contenu de la liste.

En fait, le décret annoncé⁸⁵ ne paraît qu'un an et demi après l'adoption de la loi, en 1993. La liste des appareils, est-il indiqué, est établie par arrêtés ministériels. La liste comprend les appareils conçus pour intercepter ou détourner des correspondances émises, transmises, reçues par la voie des télécommunications, pour

81. Michel Sapin : « Je rappellerai simplement que la portée de l'article 368 du code pénal est très large puisqu'est visé tout appareil permettant d'écouter, d'enregistrer, de transmettre les paroles, de fixer ou de transmettre une image... il est préférable de limiter le régime dérogatoire en recourant à une liste. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2096, 2^e colonne.

82. Michel Dreyfus-Schmidt : « Ceux qui exposeront, offriront, loueront ou vendront de tels appareils qui ne seraient pas autorisés se trouveront donc punis des peines prévues à l'article 368 du code pénal, c'est-à-dire un emprisonnement de deux mois à un an et une amende de 2 000 à 60 000 F. On ne pourra pas les mettre sous écoute judiciaire pour savoir s'ils n'écoutent pas les autres. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2097, 1^{re} colonne.

83. Michel Dreyfus-Schmidt : « Resteraient encore impunis les particuliers pratiquant des interceptions sauvages qui ne seraient pas des écoutes téléphoniques. On me rétorquera que les particuliers le font rarement ; c'est vrai, sauf s'il s'agit d'officines privées spécialisées. J'aurais dû faire ces observations plus tôt. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2097, 1^{re} colonne.

84. Michel Sapin : « Le deuxième paragraphe de l'article L86.1 vise les particuliers. Il y a donc là une réponse à vos interrogations sur la portée exacte de l'ensemble des dispositions pénales. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1992, p. 2097, 1^{re} colonne.

85. Le décret n° 93.513 du 25 mars 1993 est pris en application de l'article 24 de la loi n° 91.646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

utiliser ou divulguer leur contenu, les appareils conçus pour la détection à distance des correspondances, dont les caractéristiques permettent d'écouter, d'enregistrer ou de transmettre des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne, sans le consentement de celle-ci. Les arrêtés sont pris par le ministre en charge des télécommunications. Ce dernier reçoit l'avis d'une commission consultative placée auprès de lui⁸⁶.

La demande d'autorisation, déposée auprès du ministre en charge des télécommunications, comporte, pour chaque type d'appareils, le nom ou la dénomination sociale, l'adresse du demandeur, les opérations mentionnées pour lesquelles l'enregistrement est demandé, l'objet, les caractéristiques techniques types de l'appareil, le lieu prévu pour la fabrication de l'appareil, l'engagement de se soumettre aux contrôles nécessaires à la vérification du respect des indications fournies dans la demande d'autorisation.

Les autorisations sont délivrées *intuitu personæ*, pour une durée déterminée (six ans et trois ans pour l'acquisition et la détention), et sont parfois subordonnées à des conditions excluant un usage abusif. Les titulaires des autorisations tiennent un registre⁸⁷ d'enregistrement de renseignements afférents aux appareils et à une éventuelle cession⁸⁸.

L'autorisation peut être retirée : en cas de fausse déclaration, en cas de modification des circonstances qui ont justifié la délivrance de l'autorisation, lorsque le bénéficiaire de l'autorisation n'a pas respecté les obligations du décret ou les obligations particulières prescrites par l'autorisation, quand le bénéficiaire de l'autorisation cesse l'exercice de l'activité pour laquelle a été délivrée l'autorisation. Cependant, le retrait ne peut intervenir, sauf urgence, que si le titulaire de l'autorisation a été en mesure de faire valoir ses observations.

86. La commission consultative placée auprès du ministre chargé des télécommunications comprend :

- un représentant du ministre chargé des télécommunications ;
- un représentant du ministre de l'Intérieur ;
- un représentant du ministre de la Défense ;
- un représentant du ministre en charge des Douanes ;
- un représentant du ministre chargé de l'Industrie ;
- quatre personnalités désignées par le ministre en charge des télécommunications en raison de leur compétence.

La commission est habilitée à entendre tout expert de son choix. Elle donne son avis sur les projets de modification des listes et peut prendre l'initiative de formuler des propositions de modification des listes. Ces avis sont soigneusement étudiés par le ministre en charge des télécommunications.

87. Le registre comprend deux types de renseignements :

- les renseignements afférents aux appareils : type de l'appareil, description sommaire, référence de l'appareil à l'achat (avec le numéro d'identification individuel de l'appareil), la date d'entrée en stock ;
- les renseignements relatifs à la cession, l'identité du fournisseur (fabricant, importateur, vendeur), l'identité de l'acquéreur, la référence et la date de délivrance de l'autorisation de l'acquéreur, la date de sortie du stock, et signature de l'acquéreur.

88. Les mesures d'autorisation concernant la fabrication, l'importation, l'exportation, l'offre, la location, la vente d'un appareil listé (régime des six ans), ne sont possibles que si elles font l'objet d'un contrat avec les titulaires d'autorisations afférentes à l'acquisition ou à la détention d'un appareil listé (régime des trois ans).

Le décret est abrogé et remplacé, quelques jours plus tard, par le décret réformant le code pénal⁸⁹ : le décret du 29 mars 1993⁹⁰. Ce texte reprend les articles du décret du 25 mars 1993 avec des identifiants différents, adaptés au nouveau code pénal (de R. 226.1 à R. 226.12).

Un arrêté du 9 mai 1994 fixe enfin la liste des appareils prévus par l'article 226.3 du code pénal. Cette liste comprend plusieurs types d'appareils :

– Les appareils conçus pour permettre des opérations pouvant relever de l'infraction prévue par le deuxième alinéa de l'article 226.15⁹¹.

– Les micro-émetteurs susceptibles d'être branchés sur un poste téléphonique, sur un autre équipement terminal de télécommunications ou sur la ligne d'un abonné, soit dans la partie privative de la distribution, soit sur un quelconque point du réseau de télécommunications d'un opérateur.

– Les dispositifs permettant l'interception de tout signal de données ou de télécopie transmis sur un réseau de télécommunications.

– Tous dispositifs d'interface se couplant discrètement à un réseau de télécommunications et permettant la transmission du signal capté vers un enregistreur quelconque.

– Les dispositifs permettant le traitement des correspondances interceptées ou détournées des voies de télécommunications.

– Les récepteurs radioélectriques permettant l'exploration de fréquences et l'écoute des signaux autres que les récepteurs de radiodiffusion, les équipements d'installations pouvant être établis librement, les postes émetteurs récepteurs fonctionnant sur les canaux banalisés, dits postes CB.

– Les appareils qui, conçus pour la détection à distance des conversations, permettent de réaliser l'infraction prévue par l'article 226.1.

– Les dispositifs micro-émetteurs permettant la retransmission de la voix par moyens hertziens, optiques ou filaires, à l'insu du locuteur.

– Les appareils d'interception du son à distance de type micro-canon ou équipés de dispositifs d'amplification acoustique.

– Les systèmes d'écoute à distance par faisceaux laser.

Le système décret/arrêté a donc été harmonisé avec les dispositions du nouveau code pénal. L'article 371 institué par la loi du 10 juillet 1991 est remplacé par l'article 226.3⁹² et par l'article 226.7 pour les personnes

89. Le code pénal est applicable à partir du 1^{er} janvier 1994.

90. Décret n° 93.726 du 29 mars 1993 portant réforme du code pénal et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale.

91. Article 226.15, alinéa 2 : « Est puni des mêmes peines [un an d'emprisonnement et 300 000 F d'amende] le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie de télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions. » Les termes « mauvaise foi » introduisent l'élément moral délictueux.

92. « Sont punies d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre ou la location ou la vente, en l'absence d'autorisation ministérielle dont les conditions d'octroi sont fixées par décret en Conseil d'État, d'appareils conçus pour réaliser les opérations pouvant constituer l'infraction prévue par le deuxième alinéa de l'article 226.15 ou qui, conçus pour la détection à distance des conversations, permettent de réaliser l'infraction prévue par l'article 226.1 (ancien article 368) et figurant sur une liste dressée dans des conditions fixées par ce même décret. »

morales⁹³. À l'ancien article 368, se substitue l'article 226.1⁹⁴. Enfin, le registre prévu par les décrets de 1993 devra attendre jusqu'en 1995, avec la parution de l'arrêté du 23 février 1995. Ce registre enregistre les renseignements sur la cession envisagée plus haut : référence de l'autorisation délivrée à la personne tenant le registre, état civil de la personne prenant en charge le matériel, la raison sociale de la personne morale acquéreur, la référence et la date de délivrance de l'autorisation préalable délivrée à l'acquéreur, la date de sortie du stock, la signature de la personne prenant en charge le matériel.

Des autorisations sont délivrées à un assez grand nombre de personnes morales. Elles ne semblent pas toutes présenter les mêmes garanties exigées pour les agents qui procèdent aux interceptions de conversations par télécommunications. Les sanctions prévues par l'article 226.7 ne leur sont pratiquement pas appliquées. L'introduction de la responsabilité pénale pour les personnes morales dans l'actuel code pénal est entrée progressivement dans les mœurs. Les personnes morales sont ici des commerçants, qui cherchent à réaliser des bénéfices et à échapper aux sanctions éventuelles. L'intérêt privé (recherche du bénéfice) du droit commercial et l'intérêt général du droit public sont parfois difficilement conciliables.

B - Transcription et enregistrement

Les formalités de transcription et d'enregistrement des écoutes judiciaires conditionnent la régularité des interceptions ordonnées par le juge d'instruction.

(Suite de la note n° 92, page 111)

« Est également puni des mêmes peines le fait de réaliser une publicité en faveur d'un appareil susceptible de permettre la réalisation des infractions prévues par l'article 226.1 et le second alinéa de l'article 226.15 lorsque cette publicité constitue une incitation à commettre cette infraction. »

93. Article 226.7 : « Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121.2 des infractions définies à la présente sanction. Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131.38.

2° L'interdiction, à titre définitif, ou pour une durée de cinq ans ou plus d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

3° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131.35. »

94. Article 126.1 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F 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 ceux-ci l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

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

1. La nécessité du procès-verbal et de la transcription

Le procès-verbal est utilisé à tous les stades de l'information, est adressé au juge d'instruction et, dans le cas d'enquête préliminaire, au procureur de la République.

1.1. *Le procès-verbal, un procédé d'authentification⁹⁵ pour les opérations d'interception et d'enregistrement*

L'article 100.4⁹⁶ du projet de loi se réfère initialement à l'article 100 : la décision d'interception. Aussi, une discussion s'engage-t-elle sur les divers stades de l'interception : le principe de l'interception, l'exécution de l'interception. Jacques Toubon considère qu'il ne doit exister aucune ambiguïté entre le principe de l'interception et l'application de ce principe. Voilà pourquoi il demande la disparition du référencement à l'article 100⁹⁷ et suggère que l'article 100.4 se réfère à l'article 100.3 qui se situe au stade de la réalisation⁹⁸.

Le procès-verbal n'est pas seulement une matérialisation écrite du procédé d'interception. En tant qu'acte authentifiant l'écoute judiciaire, il se réfère à la définition même de l'interception⁹⁹.

Le procès-verbal authentifie aussi bien l'interception que l'enregistrement. Les opérations d'interception sont distinctes des opérations d'enregistrement ; toutes deux sont indispensables au bon déroulement de l'information. Le formalisme est nécessaire pour l'enregistrement et l'interception. Le procès-verbal ne sera pas éludé par l'opération d'enregistrement. Cela constituerait un appauvrissement de la procédure. Or, le juge d'instruction s'appuie précisément sur la procédure pour exécuter correctement son travail.

Par la suite, le référencement sera supprimé. Il n'est pas une garantie de la bonne exécution de l'interception et de l'enregistrement, ni de la qualité du procès-verbal. Les termes inutiles tendent à affaiblir la rédaction d'un texte. Or, le procès-verbal n'a nul besoin, pour être dressé, d'une quelconque mention d'un article antérieur.

95. L'authentification joue un rôle prééminent dans les diverses branches du droit et notamment en droit pénal.

96. Article 100.4 présenté en première lecture à l'Assemblée nationale : le juge d'instruction ou l'officier de police commis par lui dresse procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement mentionnées à l'article 100. Le procès-verbal mentionne la date de l'opération, l'heure à laquelle elle a commencé et celle à laquelle elle s'est terminée. *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3144, 1^{re} colonne.

97. Amendement de Jacques Toubon n° 38. « À la fin de la première phase du premier alinéa, du texte proposé pour l'article 100.4 du code de procédure pénale, substituer à la référence "article 100", la référence "article 100.3". » Jacques Toubon retirera son amendement. *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3150, 1^{re} colonne.

98. Jacques Toubon : « En réalité, l'article 100.4 se rattache à l'article 100.3 qui décrit la réalisation de l'interception ; le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire peut requérir tout agent qualifié d'un service ou d'un organisme. L'article 100.4 est donc l'application de l'article 100.3 mais n'a rien à voir avec l'article 100 qui définit l'interception. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3450, 1^{re} colonne.

99. François Massot : « Il a semblé à la commission qu'il était préférable de se référencer comme le prévoit le texte de loi à l'article 100 qui dispose que "le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications". », *JOAN*, 2^e séance du 23 juin 1991, p. 3150, 1^{re} colonne.

Les personnes habilitées à dresser un procès-verbal sont le responsable de l'information, le juge d'instruction et l'officier de police, commis par le juge d'instruction. Il est normal que le juge d'instruction qui a pris l'initiative de la décision d'écoute judiciaire participe à la procédure. L'officier de police, quant à lui, n'a pas pour compétence, *intuitu personae*, d'exécuter un acte de procédure. Il ne le fera que si la commission par le juge d'instruction le lui permet. La commission est le fondement juridique du procès-verbal pour la police. Pratiquement, la commission est très souvent employée et ce sont les officiers de police judiciaire qui dressent la plupart des procès-verbaux¹⁰⁰.

Le procès-verbal est très précis : il indique l'heure et la date du début et de fin des opérations d'interceptions et d'enregistrement. Les indications sont, non seulement de nature à rendre compte de ce qui a été effectué en dérogation de la non-violation des interceptions de correspondance, mais aussi de renseigner la chambre d'accusation, en cas de saisine, et d'examen de dossier¹⁰¹.

Si la précision est évidente, le style manque de fluidité. Marcel Rudloff propose au Sénat une amélioration du texte¹⁰² qui est adoptée et deviendra la version définitive. Le débat un peu oiseux sur le référencement disparaît avec la mention de l'article 100. Le caractère factuel des opérations, la qualité des personnes habilitées à dresser le procès-verbal, sont clairement mentionnés. Le texte est accessible à tous les publics¹⁰³.

Une innovation importante est introduite avec les scellés : il est judicieux qu'une preuve aussi spécifique qu'un enregistrement d'interception judiciaire soit mise sous scellés. Au demeurant, l'enregistrement rejoint le droit commun en matière de preuve¹⁰⁴.

En fait, cet article se situe bien dans le déroulement de l'interception : le procès-verbal ne pourrait pas être établi si le juge d'instruction n'avait pas autorisé l'interception par voie de télécommunications, cette dernière constituant une dérogation au principe de l'inviolabilité de la correspondance¹⁰⁵. Il correspond à une étape applicative de la décision d'écoute. Il renoue avec la légitimation du rôle du juge d'instruction par la procédure. Il participe à l'exécution de l'information. Le

100. L'établissement des procès-verbaux est une tâche habituelle, voire répétitive, pour les officiers de police judiciaire. Cette organisation rationnelle du temps de l'information, qui alloue à la police, dans la grande majorité des cas, la rédaction des procès-verbaux, permet au juge d'instruction de s'investir dans des missions qui relèvent de la conception ou de la décision.

101. C'est important quand un bâtonnier saisit la chambre d'accusation, à l'occasion d'une interception de conversation téléphonique entre une personne mise en examen et son avocat présumé complice.

102. Par amendement n° 4, Marcel Rudloff, au nom de la commission, propose de rédiger comme suit le texte présenté par l'article 2 pour l'article 100.4 du code de procédure pénale : « Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui dresse un procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement. Ce procès-verbal mentionne la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé, la date et l'heure auxquelles elle s'est terminée. Les enregistrements sont placés sous scellés fermés. », *JO*, Sénat, séance du 23 juin 1991, p. 2077, 1^{re} colonne.

103. Michel Sapin : « Le gouvernement est très favorable à cette amélioration considérable de la rédaction. », *JO*, Sénat, Séance du 25 juin 1991, p. 2077, 1^{re} colonne.

104. En matière pénale, l'usage des scellés est très fréquent.

105. Sur l'inviolabilité du domicile, cf. Cons. const⁶¹, 29 décembre 1983, décisis. n° 83.164 DC. *JO*, 30 décembre 1983, p. 3878, *JCP*, 84 et G 4 ; 20100, note R. Drago et A. Decocq.

formalisme accompagne les enquêtes. Les preuves ne sont présentées que lorsqu'elles sont licites. Si le procès-verbal n'accompagnait pas les opérations d'interception, d'enregistrement, lesdites opérations seraient entachées d'irrégularité¹⁰⁶. Les preuves éventuellement constituées ne pourraient être présentées devant un tribunal. La minutie est rendue indispensable par le respect de la procédure, mais aussi par les possibilités de truquage et de montage facilement exécutables sur des enregistrements de conversations téléphoniques¹⁰⁷.

L'officier de police judiciaire a l'habitude de dresser un procès-verbal pour chaque opération d'interception, pour toute écoute exécutée en continue, quand l'écoute est interrompue et reprend quelques heures ou quelques jours plus tard. La nouvelle interception donne lieu à un nouveau procès-verbal détaillé. Une écoute judiciaire se déroule rarement en continue au-delà d'une semaine. À chaque opération, à chaque enregistrement correspond(ent) la ou les cassettes qui ont fait l'objet d'une codification et qui sont mises sous scellés. Procès-verbaux et cassettes sous scellés fermés sont versés au dossier. Ils constituent des pièces du dossier accessibles aux parties.

Le texte revu par le Sénat correspond à un équilibre entre le souci de l'ordre public (le juge d'instruction ordonne la pratique de l'interception, accompagnée d'un procès-verbal) et la garantie des libertés individuelles (le procès-verbal garde trace de l'interception judiciaire).

1.2. La transcription, une garantie procédurale

Elle est introduite dans l'article 100.5 présenté à la commission des lois, puis à l'Assemblée nationale¹⁰⁸. La transcription est une étape conforme aux traditions du droit français qui valorise les preuves écrites¹⁰⁹.

L'interdiction de révéler le contenu de la transcription paraît inopérante : il s'agit d'une simple reproduction de l'ancien article 11 du code procédure pénale. Cet alinéa amène la remise en cause totale¹¹⁰ ou partielle¹¹¹ du texte. Il est donc supprimé, et, ainsi modifié, l'article est adopté sans difficultés.

106. Les preuves seraient nulles.

107. Le droit s'interroge fréquemment sur les possibilités de truquage concernant les preuves par enregistrement. Cf. C.A., Aix-en-Provence 18^e ch. soc. et civ., 4 janvier 1994, Perez c/ SA Beli Intermarché. Cf. chapitre 5 de l'ouvrage.

108. Article 100.5 : « Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui transcrit la correspondance utile à la manifestation de la vérité. Il en est dressé procès-verbal. Cette transcription est versée au dossier. Les correspondances en langue étrangère sont transcrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin. Il est interdit à celui-ci de révéler, de quelque façon que ce soit, l'existence de l'interception, de la transcription et le contenu de celle-ci. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1981, p. 3144, 1^{re} colonne.

109. Le système risque d'être remis en cause par l'introduction de la signature électronique dans le commerce électronique. Les documents électroniques sont considérés comme des preuves littérales au même titre que les documents sur support papier.

110. M. Toubon présente un amendement n° 39, ainsi rédigé : « Supprimer le texte proposé pour l'article 100.5 du code de procédure pénale. » Jacques Toubon retire l'amendement, car il admet que les deux premiers alinéas sont utiles. *JOAN*, séance du 13 juin 1991, p. 3150, 1^{re} colonne.

111. François Massot et Jean-Jacques Hyst présentent un amendement n° 3, ainsi rédigé : « Supprimer le dernier alinéa du texte proposé pour l'article 100.5 du code de procédure pénale. » L'amendement est adopté. *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3180, 1^{re} colonne.

Les conversations écoutées et enregistrées ne sont pas transcrites intégralement, ce qui constituerait une mauvaise gestion du temps et ne semble pas efficace. L'officine de police judiciaire a une bonne connaissance du dossier : elle écoute l'intégralité de l'enregistrement, mais n'en extrait que les passages qui s'avèreraient utiles à l'instruction. C'est à l'officier de police judiciaire de jauger l'opportunité de la transcription. Certes, la transcription, comme le procès-verbal de l'opération d'interception ou d'enregistrement, relève de la compétence du juge d'instruction. Ce dernier a l'habitude de commettre quasi systématiquement l'officier de police judiciaire pour effectuer ces missions quelque peu fastidieuses, qui sont souvent de longue durée. Une lourde responsabilité pèse sur cet officier de police judiciaire. L'expérience lui apprend à vite discerner ce qui est utile à la manifestation de la vérité.

Les passages sont transcrits fidèlement et complètement : une distorsion dans la retranscription serait en effet préjudiciable et à l'instruction et aux droits de la défense. Le caractère « fidèle et durable » des transcriptions pourra ultérieurement être contesté par la personne mise en examen et son défenseur. Il conviendra alors de confronter la transcription à l'enregistrement, si le juge d'instruction, toutefois, considère que la contestation est fondée. En matière d'écoutes judiciaires, à tous les contours du chemin, c'est le juge d'instruction qui est amené à décider et à trancher. Si le juge considère qu'un doute¹¹² subsiste, une nouvelle transcription peut être demandée. Le juge d'instruction élabore son point de vue en son âme et conscience, sur la base des sources du droit, y compris la jurisprudence.

Les transcriptions sont envoyées au juge avec les procès-verbaux, non pas au fur et à mesure de la réalisation, mais à la fin de la période fixée par la commission rogatoire. Cette procédure s'explique par la nécessité de la confidentialité. Si les transcriptions parvenaient au fur et à mesure du déroulement des enregistrements, ces dernières seraient portées à la connaissance de la personne mise en examen, et la finalité de l'écoute judiciaire n'aurait plus de raison d'être¹¹³.

Si, au cours de l'interception, est enregistrée une conversation entre la personne mise en examen et son avocat, l'officier de police judiciaire ne doit pas la transcrire. Si une telle transcription avait lieu, elle ne serait pas utilisable par le juge : un des principes essentiels des droits de la défense, la confidentialité entre un client et son avocat, serait en effet violé.

La seule exception à ce principe réside dans la décision, prise par le juge d'instruction, d'intercepter une ou des conversations téléphoniques entre un avocat et son client, si une complicité est présumée, et si aucun moyen de prouver cette complicité n'est envisageable. Le bâtonnier est bien sûr averti (cf. *supra*)¹¹⁴.

112. Sur le doute : définition : état d'incertitude sur la réalité d'un fait, l'exactitude d'une déclaration, la conduite à adopter ; manque de confiance dans la sincérité de quelqu'un, la réalisation de quelque chose ; soupçon, méfiance. Le doute est lié à la présomption d'innocence. Cf. rapport d'information sur le respect de la présomption d'innocence, Sénat, 1995, « Justice et transparence ».

113. L'écoute judiciaire ne fonctionne efficacement que si la personne mise en examen ne pense pas que ses conversations sont interceptées. Dans le cas contraire, il aurait recours à d'autres moyens de communications, licites, ou illicites, dont le juge d'instruction n'aurait pas connaissance.

114. Le bâtonnier peut communiquer au juge d'instruction des renseignements qu'il détient et qui lui paraissent révélateurs. Il peut saisir la chambre d'accusation, seule habilitée à remettre en cause l'autorisation d'interception délivrée par le juge d'instruction.

Un interprète assiste l'officier de police judiciaire ou le juge dans la transcription d'une correspondance en langue étrangère. Y a-t-il inégalité entre un écouté francophone dont les propos ne pourront, lors de la transcription, être déformés, et un écouté non francophone dont le discours sera passé au crible par un interprète ? Pas vraiment. L'interprète doit accomplir son travail avec beaucoup de conscience professionnelle, de façon à ce que les subtilités langagières ne trahissent pas le message, et que la transcription soit fidèle. Les interprètes qui assistent les officiers de police judiciaire dans la transcription ont une expérience, non seulement de la traduction, mais de cette vocation professionnelle particulière. En tout état de cause, si la transcription ne présentait pas, aux yeux de la personne mise en examen, un degré suffisant de fidélité, une nouvelle interprétation pourrait être sollicitée. Le juge d'instruction se trouverait alors confronté à la problématique des signes¹¹⁵ et de la sémantique¹¹⁶.

Il convient de veiller à ce que l'interprète respecte aussi les lois de la République. L'interprète doit-il être assermenté ?¹¹⁷ Non, précise la commission des lois. La précaution, importante, se déduit du droit commun¹¹⁸.

L'établissement de procès-verbaux au moment des interceptions et des enregistrements, et la transcription obligatoire, constituent un corpus de sûreté et de procédures indispensables à l'information et à la défense.

2. Le caractère légal de la destruction des enregistrements

L'arrêt Huvig, rendu par la Cour européenne, s'était intéressé au vide juridique en la matière. La loi française était muette « sur les circonstances dans lesquelles doit s'opérer l'effacement ou la destruction des bandes, notamment après non-lieu ou relaxe ».

Le vide est comblé par le projet d'article 100.6¹¹⁹, qui aménage la destruction des enregistrements. Ces derniers ne peuvent être conservés pour une durée indéterminée, d'autant qu'ils constituent une matérialisation de l'atteinte à la vie privée¹²⁰. Une procédure doit témoigner de la disparition des enregistrements qui ont pu servir de preuve¹²¹ devant les tribunaux. Il est de nouveau fait appel au procès-verbal, qui intervient tout au long de la réalisation des écoutes judiciaires, jusqu'au terme définitif.

115. Sur les signes, cf. Jean BORELLA, *Le Mystère du signe : histoire et théorie du symbole*, Éditions Mouton et Larose, 1989 ; Umberto ECO, *Le Signe, histoire et analyse d'un concept*, Éditions Labor, 1990.

116. Sur la sémantique, cf. Michel GALMICHE, *Sémantique, linguistique et logique*, PUF, 1991 ; Georges KLEIBER, *Essai de sémantique référentielle*, Armand Colin, 1994.

117. Paul-Louis Tenaillon présente un amendement prévoyant que l'interprète, s'il n'est pas assermenté, prête serment. La commission des lois repousse cet amendement.

118. Article 102 de l'ancien code de procédure pénale.

119. Article 100.6 : les enregistrements sont détruits à la diligence du procureur de la République, ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique. Il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction. JOAN, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3144, 1^{re} colonne.

120. L'écoute ayant été obtenue sur la base de l'autorisation du juge d'instruction, c'est une preuve licite devant un tribunal.

121. L'atteinte à la vie privée est légale ; elle n'en constitue pas moins une exception par rapport à un principe général du droit.

2.1. Jacques Toubon et l'arrêt Bacha Baroudé

À l'occasion de la discussion de cet article, Jacques Toubon tente de réhabiliter l'arrêt Bacha Baroudé, arrêt de la Cour de cassation dont l'incompatibilité avec la jurisprudence de la CEDH est apparue évidente à l'occasion de l'exposé des motifs. Pour Jacques Toubon, il ne peut y avoir de contradiction entre le droit interne et le droit européen¹²². La Cour de cassation ne s'est pas trompée, comme cela a été soutenu par un courant de la doctrine française¹²³. L'arrêt Bacha Baroudé n'est pas une erreur ou pire, une tentative d'ignorer une norme supérieure à la norme nationale.

Jacques Toubon fait œuvre de juriste « patriote » : il essaie de donner *a posteriori*, un fondement légal à l'arrêt Bacha Baroudé. S'il agit ainsi avec tant d'insistance, ce n'est pas seulement par attachement à la jurisprudence nationale mais surtout parce qu'il ne veut pas que le Parquet soit complètement écarté de la pratique des interceptions judiciaires¹²⁴. Son amendement¹²⁵ n'est pas une véritable tentative d'amélioration de l'article sur la destruction des enregistrements¹²⁶. Jacques Toubon réaffirme que les écoutes judiciaires devraient pouvoir être utilisées en cas de flagrant délit, sur décision du parquet. Tant que l'information n'est pas ouverte, ces écoutes n'ont pas de valeur probante. La poursuite pénale, mise en œuvre avec l'ouverture de l'information, permet de verser au dossier les écoutes préalablement réalisées à la demande du Parquet¹²⁷. L'arrêt Bacha Baroudé, source du droit émanant de la plus éminente des instances judiciaires françaises¹²⁸, est le fondement du raisonnement émis par Jacques Toubon.

L'introduction des poursuites pénales paraît peu pertinente à ce moment de la discussion : c'est ce que rappellent le rapporteur et le ministre. Ces derniers soulignent que les écoutes sont illicites si elles ont lieu hors du cadre de l'instruction ; les interceptions effectuées lors d'enquêtes préliminaires sont illégales¹²⁹.

122. Après que le droit européen, et notamment le droit du Conseil de l'Europe, eut tranché.

123. La doctrine favorable à l'arrêt Bacha Baroudé s'est inspirée des conclusions mêmes de la Cour de cassation.

124. Jacques Toubon avait précédemment appuyé un amendement permettant au Parquet de délivrer une autorisation d'interception judiciaire.

125. Amendement n° 40 de Jacques Toubon : « Compléter le texte proposé pour l'article 100.6 du code de procédure pénale par l'alinéa suivant : "En cas de poursuites pénales, les enregistrements et documents issus des interceptions sont versés au dossier". », *JOAN*, 2^e séance du 15 juin 1991, p. 3150, 2^e colonne.

126. Il s'agit d'un combat d'arrière-garde mené avant que le chapitre des écoutes judiciaires ne soit abandonné au profit des écoutes de sécurité.

127. Jacques Toubon : « Je n'exclus pas que les écoutes judiciaires puissent être utilisées en cas de flagrant délit à la diligence du Parquet, ce qui, est, je le rappelle, conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation dans son arrêt Baroudé. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3150, 2^e colonne.

128. *Idem* : « Ce que je propose est tout à fait autorisé par la jurisprudence. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3151, 1^{re} colonne.

129. François Massot : « M. Toubon souhaite que le Parquet puisse ordonner des interceptions dans le cadre de l'enquête préliminaire. » Le ministre délégué à la Justice : « Le texte proposé pour l'article 100 réserve la possibilité de recourir aux interceptions au seul cas où une information est ouverte, c'est-à-dire lorsque les poursuites sont manifestement engagées. L'amendement paraît donc dépourvu de fondement. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3151, 1^{re} colonne.

Seul, le juge d'instruction est habilité à autoriser l'interception judiciaire. Le Parlement s'est prononcé en la matière. Jacques Toubon anticipe sur le chapitre afférent aux écoutes de sécurité. Deux logiques opposées cohabitent dans la même loi. Cela ne serait pas tolérable. Selon lui, dans le régime des écoutes judiciaires, les interceptions sont interdites lors d'une phase d'enquête préliminaire, alors qu'aucune personne physique n'a été mise en examen. Dans le régime des écoutes de sécurité, les interceptions sont permises alors qu'aucune information n'a été ouverte, et qu'aucun crime ou délit n'a peut être été commis.

Un déséquilibre est déjà flagrant entre les interceptions judiciaires et les interceptions de sécurité¹³⁰. Or, un même fil conducteur doit guider les intentions du législateur en matière d'écoutes judiciaires et d'écoutes administratives. L'incohérence invoquée par Jacques Toubon n'est qu'apparente. Il était urgent (dans le but de se conformer aux arrêts de la CEDH) d'introduire une loi dans le corpus juridique français. La jurisprudence n'était pas suffisante¹³¹ ; de plus, elle n'inspirait plus une totale adhésion, ni à l'ensemble des juristes français, ni aux juristes européens. Il n'était pas envisageable de concevoir deux lois, l'une consacrée aux écoutes judiciaires, l'autre aux écoutes administratives. Dans les deux cas, sans support juridique légal, incontestable, les interceptions peuvent prêter à contestation, d'autant qu'elles violent la sphère privée et la correspondance émise par voie de télécommunications. Une loi traitant des deux volets permet aussi de répondre à l'inquiétude manifestée par l'opinion publique. La médiatisation de certaines affaires, réalisée par des officines de presse dans le but légitime, pour une société, de réaliser des bénéfices, a induit des doutes dans l'opinion publique, qui tend à se défier des autorités publiques, judiciaires ou exécutives¹³².

Dans cette atmosphère délétère, il convient de maîtriser la paranoïa qui tend à se développer dans la société civile. Au-delà de cet objet, les écoutes judiciaires et les écoutes administratives ne poursuivent pas la même finalité. Les écoutes judiciaires sont des instruments de preuve adaptés aux inventions technologiques dans le cadre d'une information.

2.2. La destruction des enregistrements

Les personnes habilitées à ordonner la destruction des enregistrements sont le procureur général ou le procureur de la République. Cette désignation est

130. Jacques Toubon : « La partie utile et vivante, si j'ose dire, de mon amendement, concerne l'hypothèse des poursuites pénales et nous engageons ainsi la discussion que nous aurons en réalité à l'article 3 (les écoutes de sécurité) sans insister sur le déséquilibre entre les interceptions prévues à l'article 2, les judiciaires, et les interceptions traitées à l'article 3, les administratives. Ce dont je parle ici a essentiellement pour objet, non pas de contredire les dispositions que nous avons votées dans le texte proposé pour l'article 100, mais d'être cohérents avec ce que je souhaite que nous votions à l'article 3 » [les écoutes administratives]. *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3150, 2^e colonne, et p. 3151, 1^{re} colonne.

131. Il n'était plus possible de faire l'économie d'une loi : allusion à l'intitulé de l'article de Renée KOERING-JOULIN, « De l'art de faire l'économie d'une loi », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1990, 27^e cahier, chronique.

132. Des rapports des services des Renseignements généraux, dont des résumés avaient paru dans *Le Monde* et *Le Figaro* dans les années 1989 et 1990, faisaient état d'un désenchantement de la majorité des Français, qui semblaient redouter une écoute éventuelle tant sur leur lieu de travail qu'à leur domicile, surtout s'ils occupaient une fonction quelque peu sensible. La société civile paraissait sceptique à l'égard des pouvoirs publics dans ce domaine.

conforme au droit. La destruction se fera après la fin de l'information. Le juge d'instruction n'est plus concerné par le devenir des transcriptions et des enregistrements puisqu'il ne s'occupe plus du dossier. Il ne fait pas profession d'archiviste. Pendant l'instruction et avec l'assistance de collaborateurs, il établit un dossier qui peut être consulté, dans des cas prévus par la loi, à l'expiration de l'information. De toute façon, le rôle de « destructeur » correspond parfaitement aux missions qui incombent aux défenseurs de l'ordre public, les procureurs¹³³.

La loi est silencieuse sur les exécuteurs de la destruction. Il est évident que la police se chargera de ce travail. Il aurait été peut-être préférable de le mentionner explicitement. Les enregistrements seront détruits à l'expiration du délai de prescription¹³⁴ de l'action publique, soit dix ans pour les crimes et trois ans pour les délits, à partir du jour où l'infraction a été commise. La prescription de l'action publique intervient souvent bien après le terme du procès, la condamnation ou le non-lieu. S'il est fait mention de la destruction des enregistrements, il n'en est pas de même pour une quelconque destruction des retranscriptions. Cela signifie que les transcriptions resteront versées au dossier.

Une discussion s'engage sur le délai afférent à la destruction des enregistrements. Certains parlementaires sont défavorables à la disparition de l'enregistrement. D'autres députés ou sénateurs souhaitent que la destruction des enregistrements se fasse le plus rapidement possible, quand l'enregistrement n'est plus utile à la manifestation de la vérité.

Michel Dreyfus-Schmidt défend le principe de la préservation des enregistrements¹³⁵, même si son amendement l'amène à proposer une autre solution. Les écoutes, et leur support matériel, les enregistrements, sont des pièces du dossier. Aucun motif ne justifie qu'une distinction soit opérée entre les divers documents qui constituent un dossier. Un procès-verbal de perquisition n'est pas détruit. La transcription de l'enregistrement traduit la volonté de conserver une trace de l'enregistrement, mais la transcription peut faire l'objet d'une contestation. Si l'enregistrement n'existe plus, il ne sera plus possible d'établir une comparaison entre la transcription et l'enregistrement¹³⁶.

La préservation de la bande serait très utile en cas de demande de révision, après l'expiration du délai de prescription de l'action publique. Michel Dreyfus-Schmidt cite l'exemple de l'affaire Selznec, qui donna lieu à demande de révision. Dans l'affaire Selznec, le dossier contient, parmi ses pièces, un télégramme qui a été saisi et conservé. Un parallèle est effectué entre le télégramme et l'enregistre-

133. Sur les procureurs, cf. article 39 et suivants du code de procédure pénale. Ils représentent, en personne ou par leurs substituts, le ministère public. Ils reçoivent les plaintes et les dénonciations. Ils avisent le plaignant de l'éventuel classement de l'affaire. Le ministère public (article 31 du CPP) exerce l'action publique.

134. La prescription correspond à l'impossibilité pour les pouvoirs publics de mettre en examen des délinquants ou des criminels. Il s'agit d'un « droit à l'oubli », fort rationnel pour la gestion du service public de la justice. Seuls, les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles.

135. Amendement n° 37, présenté par Michel Dreyfus-Schmidt.

136. Michel Dreyfus-Schmidt : « Il est évident qu'une transcription des passages de la bande qui sont en rapport avec l'affaire sera faite. Mais il est possible que l'intéressé conteste le fait que ce soit sa voix qu'on entende. Il peut donc se révéler nécessaire d'écouter la bande elle-même. C'est pourquoi la bande doit faire partie du dossier, et je ne vois pas pourquoi, dans ces conditions, on la détruirait. », *JO*, Sénat, séance du 23 juin 1991, p. 2077, 2^e colonne.

ment d'une conversation. L'article 100.6 ne permet pas de se référer à l'enregistrement.

Le gouvernement s'oppose à cette analyse. Il fait valoir que les demandes de révision sont exceptionnelles et que le recours à la transcription¹³⁷, dans ce cas d'espèce, sera suffisant. Surtout, la loi se doit d'être en conformité avec les arrêts de la CEDH. Or, la CEDH a exigé l'effacement ou la destruction des bandes, dans le respect des juridictions nationales¹³⁸.

Des parlementaires demandent l'effacement ou la destruction des enregistrements, en certaines occurrences, avant le délai d'expiration de la prescription de l'action publique. Lors de l'examen du projet par la commission des lois, Alain Lamassoure s'étonne que les enregistrements soient conservés en cas de non-lieu, relaxe ou acquittement¹³⁹. Paul-Louis Tenaillon présente un amendement destiné à prévoir la destruction des enregistrements dans ces trois hypothèses. Il est soutenu par Emmanuel Aubert pour ce qui concerne l'acquittement. Mais l'action publique peut reprendre avec une réouverture de l'information sur charges nouvelles, même en cas de non-lieu. L'acquittement ou la relaxe n'intéressent que la personne acquittée ; ses complices présumés ne bénéficient pas, eux, de l'acquittement. Enfin, même acquittée, une personne peut être poursuivie pour d'autres faits, et les éléments rassemblés à l'occasion de la première information peuvent s'avérer utiles. L'amendement Tenaillon est donc rejeté par la commission des lois. L'idée est cependant reprise devant l'Assemblée nationale¹⁴⁰ et devant le Sénat¹⁴¹.

L'Assemblée nationale repousse l'amendement n° 61 pour les mêmes raisons que la Commission des lois. Le Sénat a tiré les leçons de l'examen en commission des lois. C'est le même homme, Michel Dreyfus-Schmidt, qui présente deux amendements, l'un défavorable à la destruction des enregistrements, l'autre favorable à la destruction en cas de relaxe. Michel Dreyfus-Schmidt est hostile à la destruc-

137. Marcel Rudloff : « La commission a estimé que le dispositif de l'article 100.6 du code de procédure pénale, qui prévoit la destruction des enregistrements à l'expiration du délai de prescription de l'action publique, paraissait convenable et correct et qu'il était, en effet, inutile de conserver les enregistrements au-delà de l'expiration de ce délai, dès lors qu'il y a transcription pour les cas tout à fait exceptionnels où il faudrait rouvrir le dossier après la prescription de l'action publique... C'est pourquoi, la commission n'est pas favorable à l'amendement n° 37, bien qu'il ne modifie pas fondamentalement l'économie de la loi ni même les droits des citoyens. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2078, 1^{re} colonne.

138. Michel Sapin : « Je tiens à rappeler que les décisions de la Cour européenne, auxquelles nous nous référons pour nous mettre en conformité avec ses recommandations, prévoient que les circonstances dans lesquelles doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes doivent être fixées dans la loi. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2078, 1^{re} colonne.

139. L'acquittement : renvoi d'un accusé reconnu non coupable.

140. Amendement n° 61 présenté par François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon : « Compléter le premier alinéa du texte proposé par l'article 100.6 du code de procédure pénale par les mots "ainsi qu'en cas de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3150, 2^e colonne.

141. Amendement n° 38, présenté par Michel Dreyfus-Schmidt, les membres du groupe socialiste et apparentés. « Article 100.6 : "Les enregistrements sont détruits dès lors qu'il y a relaxe et qu'il n'y a pas de co-inculpés à l'égard desquels l'action publique n'est pas prescrite". », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2077, 2^e colonne.

tion des enregistrements. Sachant¹⁴² que son amendement sera rejeté, il propose une solution consensuelle : la destruction rapide en cas de relaxe définitive. Si un autre inculpé/mis en examen n'est pas relaxé, il sera nécessaire d'attendre la prescription. Le rapporteur propose que le régime de l'acquittement définitif soit aligné sur celui de la relaxe définitive. Un amendement révisé¹⁴³ est présenté dans ce sens et est adopté par le Sénat.

Le texte final reprend la rédaction du projet initial, bien équilibré du point de vue gouvernemental, ni trop audacieux ni trop scrupuleux¹⁴⁴. La dernière pièce à mentionner est le procès-verbal de destruction de l'enregistrement. Ainsi constat est-il fait que la loi a été respectée. Le processus est terminé. L'écoute judiciaire a fait son office. La norme est explicitée par voie de circulaire, interprétée par la jurisprudence.

§ II - L'APPLICATION DU NOUVEAU CONCEPT D'ÉCOUTE JUDICIAIRE

I - LA CONFIRMATION DU CONCEPT D'ÉCOUTE JUDICIAIRE

A - La nullité des écoutes effectuées pendant l'enquête (le Parquet)

Nous savons déjà que sont nulles les écoutes effectuées pendant l'enquête judiciaire. Malgré les efforts répétés de Jacques Toubon, une interception autorisée par le Parquet n'a aucune base légale, même si une jurisprudence de la Cour de cassation avait pu faire croire le contraire. Pour éviter toute controverse, l'autorité administrative élabore une circulaire d'application¹⁴⁵ qui est très explicite¹⁴⁶ : la circulaire précise que sont prohibées les interceptions de

142. La CEDH a exigé l'effacement ou la destruction des enregistrements. Elle ne peut qu'être suivie.

143. Amendement de Michel Dreyfus-Schmidt, les membres du groupe socialiste et apparentés, n° 38 rectifié bis, « [...] tendant à rédiger comme suit le texte proposé par le paragraphe III de l'article 2 pour l'article 100.56 du code de procédure pénale : "Article 100.6 : les enregistrements sont détruits dès lors qu'il y a relaxe ou acquittement définitif et qu'il n'y a pas de co-accusés à l'égard desquels l'action publique n'est pas prescrite". », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2077, 2^e colonne.

144. La conservation indéfinie des documents versés au dossier, y compris l'enregistrement de l'écoute autorisée par voie de télécommunication.

145. La circulaire d'application a une faible valeur juridique, mais elle est détaillée, et, dans la mesure où elle se réfère à une loi ou à un acte réglementaire, elle est applicable.

146. Circulaire d'application du 26 septembre 1991, sortie peu de temps après la loi. L'autorité réglementaire n'a pas voulu que les tribunaux soient démunis dans l'interprétation du texte du 26 juillet 1991.

correspondances ordonnées par le Parquet au cours de l'enquête préliminaire ou de flagrance. La jurisprudence antérieure n'est plus valable¹⁴⁷. L'effet Bacha Baroudé a fait long feu.

B - L'assimilation des enregistrements aux écoutes

Ces dernières utilisent, dans la grande majorité des cas, la dérivation. D'autres solutions techniques ont été trouvées pour certaines formes d'interceptions de télécommunications¹⁴⁸.

Les écoutes judiciaires ne peuvent être assimilées aux enregistrements sur bandes magnétiques qui résultent de la captation par une personne d'une autre personne. Aucun moyen de transmission n'est alors requis¹⁴⁹. L'affaire est privée. Les écoutes judiciaires ne peuvent être assimilées à l'audition en direct sans branchement et sans enregistrement.

Lors d'une perquisition, l'habitant des lieux a reçu une communication téléphonique. Un fonctionnaire a décroché l'appareil qu'il a aussitôt passé au titulaire de la ligne. La Cour de cassation¹⁵⁰ a souligné qu'il n'y avait aucune mise en œuvre d'un procédé technique quelconque de captation de l'enregistrement. Le fonctionnaire n'a entendu que quelques propos. Il n'a pas été admis qu'il y avait eu, au cours de l'enquête préliminaire, interception, enregistrement de communication sur la ligne.

Dans une situation voisine de la précédente, le compte rendu de propos entendus par des policiers au cours d'une conversation téléphonique qui s'était déroulée devant eux ne constitue pas une interception de correspondance par voie de télécommunication¹⁵¹. La police ne dispose d'aucune autonomie à l'égard de l'autorité judiciaire.

II - LA VIGILANCE À L'ÉGARD DE L'INSTITUTION POLICIÈRE

Seuls, les organismes d'instruction sont habilités à autoriser l'interception de correspondances privées. Nous savons que c'est le juge d'instruction qui est à l'origine de la décision d'interception. Au juge d'instruction, il convient d'assimiler la

147. « Sont prohibées les interceptions dont la Cour de cassation avait, dans l'état antérieur du droit positif, solennellement affirmé le caractère illicite. » La circulaire fait ici allusion à l'arrêt Baribeau. Elle ignore l'arrêt Bacha Baroudé.

148. Notamment les correspondances par les voies de télécommunications les plus récentes.

149. Arrêt du 6 avril 1993, Cour de cassation, chambre criminelle, *JCP*, 1993, II n° 22144, vote M.-L. Rassat.

150. 4 septembre 1991, Cour de cassation, chambre criminelle, *JCP*, 1992, II n° 21802, note W. Jeandidier ; 3 avril 1991, *Droit pénal*, décembre 1991, p. 18.

151. 2 avril 1997, Cour de cassation, chambre criminelle.

chambre d'accusation, qui remplit une fonction éminente au cours de l'information¹⁵². La police, quant à elle, ne peut se substituer au juge d'instruction.

A - L'arrêt de la CEDH A c/France : du recours interne à la saisine de la CEDH

L'arrêt de la CEDH du 23 novembre 1993, A c/France est instructif.

1. Les faits

Madame A., cardiologue, avait été inculpée, en 1981, de tentative d'homicide, d'infraction à la législation sur les armes et les munitions, infraction à la loi du 25 juillet 1980 sur la protection et le contrôle des matières militaires. Mme A. avait fait l'objet d'un enregistrement à l'instigation de l'un de ses complices présumés, Serge Gehrling.

L'enregistrement : en 1980, M. Gehrling indique à un commissaire de police, responsable de l'Office central de répression du banditisme, que Mme A. lui a demandé d'assassiner Pierre de Varga, alors inculpé lui-même pour tentative d'assassinat contre Jean de Broglie. Il propose au commissaire d'appeler Mme A. pour qu'elle confirme ces projets criminels. L'enregistrement se fait sur bande magnétique. M. Gehrling entretient Mme A. de deux sujets : la tentative de meurtre, et un trafic de stupéfiants. La bande magnétique est prêtée par la police, et la conversation a lieu en présence du commissaire de police. La bande est laissée à la disposition de la police nationale.

Mme A., après avoir été placée en détention provisoire, est remise en liberté sous contrôle judiciaire, en 1982, sur décision de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris. En 1991, un non-lieu est prononcé, pour insuffisance de preuves.

Les voies de recours internes sont épuisées : Mme A. dépose, le 9 novembre 1981, une plainte, avec constitution de partie civile, contre M. Gehrling et le commissaire A. B. Le juge d'instruction rend une ordonnance de non-lieu : il n'y a pas eu atteinte à la vie privée ; le consentement de l'un des interlocuteurs est manifeste. Les délits prévus et réprimés alors par les articles 368, 369 du code pénal et l'article L42 du code des P et T ne sont pas constitués¹⁵³. La chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris déboute Mme A. pour les mêmes motifs.

Mme A. saisit la Cour de cassation pour irrégularité relative au mode de désignation des conseillers à la chambre d'accusation. Le pourvoi est accueilli et la

152. La chambre d'accusation pouvait, selon l'article 201, alinéa 1, code de procédure pénale, ordonner les actes complémentaires qu'elle estimait utiles.

153. Le juge écrit : « Il résulte de la translation écrite du document magnétique obtenu par Serge Gehrling que les propos tenus par Mme A. sont extérieurs à la vie publique ou personnelle de la plaignante. » « La protection du secret n'est accordée à l'interlocuteur ou au destinataire qu'en l'absence de consentement donné par l'un d'entre eux, à la révélation. » « L'un des protagonistes de la conversation, Serge Gehrling, ayant manifesté par la remise de l'enregistrement au commissaire le consentement prévu, le délit n'est donc pas constitué. » Ordonnance de non-lieu du 28 janvier 1985.

cause est de nouveau examinée par la chambre d'accusation de la Cour d'appel, composée de magistrats différents : la chambre confirme qu'il n'y a pas eu délit, puisque M. Gehrling était consentant et que Mme A. n'a pas subi d'atteinte à sa vie privée. Un nouveau pourvoi en cassation est rejeté.

Mme A. saisit la CEDH, puisque les voies de recours internes ont été épuisées.

2. Le droit

Mme A. allègue qu'elle est victime d'une violation de l'article 8 de la Convention de la sauvegarde des droits de l'homme.

Le gouvernement français argue de ce qu'il n'y a pas eu atteinte à la vie privée, ni ingérence de l'autorité publique : c'est M. Gehrling qui a pris l'initiative de cet enregistrement. Il agissait ainsi pour des raisons privées, afin de défendre ses intérêts personnels. La police ne peut être mise en cause. La fourniture de moyens par l'administration, son absence d'opposition à la réalisation de l'enregistrement, ne suffisent pas à faire supporter par la police française, c'est-à-dire l'autorité publique française, la responsabilité des événements énoncés.

B - L'arrêt de la CEDH A c/France : le point de vue de la CEDH

La commission considère qu'une conversation ne perd pas son caractère privé si certains aspects du contenu concernent l'intérêt public¹⁵⁴.

Par ailleurs, l'enregistrement a été confectionné dans les locaux de la police, grâce à une collaboration tacite entre une personne privée, M. Gehrling, et un commissaire de police. Ce dernier a permis la réalisation du projet Gehrling en mettant à la disposition de Serge Gehrling une ligne téléphonique et son magnétophone. Le commissaire occupait des fonctions élevées dans la hiérarchie policière, il engageait donc la police et l'autorité publique. Il n'en avait pas demandé l'autorisation à un juge d'instruction, mais il avait agi dans le cadre de ses fonctions professionnelles. L'article 8 est bien violé. Cet arrêt est, sur le fond, en conformité avec l'esprit de la loi de 1991. Il met en garde la France contre d'éventuelles dérives.

*

* *

Avant l'arrêt de la CEDH, la loi de 1991, dans le domaine des écoutes judiciaires, était cohérente. Elle établissait une voix médiane, sans doute sage, entre le souci de l'ordre public et la préoccupation des libertés individuelles, avec une légère inflexion en faveur de l'ordre public¹⁵⁵. Tout dépendait, en fait, de l'appli-

154. L'intérêt public : ici, trouble de l'ordre public, puisqu'un projet d'homicide volontaire « justifie » l'initiative de M. Gehrling.

155. Lors des débats parlementaires, la solution adoptée est soit un compromis, soit un choix délibéré destiné à protéger l'ordre public.

cation des dispositions. Les premières données demandent confirmation. Cependant, un courant se dessine : les écoutes judiciaires, pour la plupart des juges d'instruction, font désormais partie intégrante des moyens d'investigation mis à leur disposition.

De même que la détention provisoire, qui devait être exceptionnelle, est une pratique courante, de même l'interception judiciaire est-elle un instrument fréquemment, voire très fréquemment, utilisé. Cet infléchissement met davantage en cause l'institution judiciaire que la loi elle-même. Il était néanmoins possible d'ajouter quelques termes précis après « lorsque les nécessités de l'information l'exigent », afin de réduire le prévisible infléchissement de l'interprétation.

Chapitre 3

La loi de 1991 et le régime des écoutes de sécurité de télécommunications : modalités et contrôle

La loi du 26 juillet 1991 avait notamment pour but de faire cesser le vide juridique en matière d'écoutes administratives qui étaient une réalité pour ceux qui les organisaient, mais ne pouvaient faire l'objet d'aucun contrôle. Elle donnait une base légale à ce qui s'effectuait auparavant dans l'illégalité¹. Une société démocratique idéale ne connaîtrait évidemment pas d'écoutes de sécurité. Comme il n'existe aucune société démocratique idéale, la législation et la réglementation peuvent apparaître comme un progrès, certes ambigu, mais un progrès.

La France se met en conformité avec la jurisprudence de la CEDH. Elle ne veut pas encourir le risque d'une condamnation et organise un système qui s'inspire de la pratique antérieure, celle du GIC, celle de Michel Debré, tout en prenant en compte les propositions du rapport Schmelck et les commentaires subséquents aux arrêts Malone et Klass. Les dispositions en matière d'interceptions administratives ont fait l'objet d'un examen attentif par la commission des lois.

SECTION UN LE RÉGIME LÉGAL DES ÉCOUTES DE SÉCURITÉ

Ces dernières sont, encore plus que les écoutes judiciaires, une exception au principe d'inviolabilité des correspondances, qui a, jusqu'en 1994, valeur consti-

1. L'article 34 fait entrer dans son champ d'application la garantie des libertés individuelles ; ici, la liberté de correspondance.

tutionnelle. En effet, les interceptions judiciaires sont intégrées dans le système judiciaire. Les écoutes dites administratives étaient des écoutes sauvages, ordonnées par des services de l'État, au gré de ses besoins. Elles n'entraient pas dans le champ de réflexion du droit public, bien qu'elles fussent ordonnées par des personnes publiques. Dans la société civile, elles participaient d'une vision sombre, pour ne pas dire totalitaire, de l'État : aux « cabinets noirs » avaient succédé les écoutes de l'exécutif. 1984 (de George Orwell) n'était pas loin. Les prérogatives que s'adjugeait l'État n'étaient-elles pas abusives ?

C'est ce que redoute l'opinion publique ; sa crainte est relayée par de nombreux journaux, satiriques ou non². Le thème des « oreilles » est source de bénéfices substantiels pour la presse. Les oreilles dans la culture populaire³ sont sympathiques⁴ ou menaçantes⁵, selon leur mode de traitement. Les épisodes de la guerre froide ont enlevé tout charme exotique aux procédés des écoutes⁶. En fait, la société civile perçoit les écoutes de sécurité comme une violation des droits de l'homme.

Le gouvernement est très au fait de ces données. Voilà pourquoi l'exposé des motifs indique, que « seules la recherche de renseignements intéressant la sécurité intérieure et extérieure de la France et la prévention des atteintes à la sûreté de l'État peuvent justifier l'autorisation administrative d'intercepter certaines conversations téléphoniques ».

§ I - LA PRÉVENTION : LES PRINCIPES DE BASE DE L'ÉCOUTE DE SÉCURITÉ LÉGALE

La légalité implique une diffusion. L'écoute de sécurité poursuit des finalités très différentes de l'écoute judiciaire. L'écoute administrative ne s'inscrit pas dans

2. *Le Canard enchaîné, Hara-Kiri, Minute, Charlie-Hebdo.*

3. L'oreille désigne les écoutes. L'ouïe a succédé à la vue : l'interception de correspondances téléphoniques a pris la place de l'interception de correspondances écrites, à une époque où la Galaxie Gutenberg semble condamnée. Cf. Jean-Marie PONTOUX et Jérôme DUPUIS, *Les Oreilles du président*, Fayard, 1996.

4. Dans ce cas, l'agent de renseignements, pléonasmе de la « bonne oreille », est un preux chevalier qui défend les valeurs de la civilisation occidentale. Cf. littérature enfantine populaire, séries télévisées, *Langelot* du Lieutenant X, Bibliothèque verte : où un agent de renseignements à peine majeur cumule humour, esprit de repartie et capacités athlétiques ; *James Bond* de Ian Fleming adapté à l'écran dans de nombreux films cultes. James Bond n'a pas le sens de l'humour de Langelot ; il est un symbole phallique, un amateur de bonne chère et des plaisirs dispensés par la société de consommation ; « Chapeaux melon et bottes de cuir » (première série d'épisodes, sans cesse rediffusés) est une évocation sophistiquée et un tantinet lyrique des inventions du pop art.

5. Cf. *L'Étau*, d'Alfred Hitchcock.

6. Avant et depuis le *Zéro et l'Infini* d'Arthur Koestler, les innombrables « témoignages » sur le bloc soviétique font sans cesse allusion aux écoutes qui empêchent toute véritable communication entre les opposants. Dans *Le Premier cercle* de Soljenitsyne (Robert Laffont), l'un des héros, un chercheur, travaille sur l'identification de la voix.

une logique d'information ou de répression. Quand l'infraction a été commise, lorsqu'une personne physique a été mise en examen, c'est au juge d'instruction de décider s'il autorisera l'écoute judiciaire. L'écoute administrative est une interception qui cherche à prévenir des crimes ou des délits, et ce dans des cas spécifiques.

En effet, tant qu'une infraction n'a pas été constituée, elle n'existe pas. Le terme « prévention » ne fait pas l'unanimité, mais il semble correspondre à des objectifs limités. L'interception de sécurité correspond à une obligation de prévention pour des raisons énumérées, quand une décision a été arrêtée par le chef du gouvernement.

I - LA DÉFINITION DE L'ÉCOUTE DE SÉCURITÉ PAR LES MOTIFS QUI LA JUSTIFIENT ET LA LÉGITIMENT

Le projet se fonde sur les motifs⁷. Devant l'Assemblée nationale, le débat est philosophique. Le concept même d'interceptions de sécurité est accueilli avec des réserves⁸. Le gouvernement légifère parce qu'il ne peut agir autrement. Il ne doit pas faire preuve d'une excessive timidité, sous prétexte d'ordre public⁹. Certains parlementaires insistent sur l'amoindrissement des garanties induites par les écoutes de sécurité par comparaison avec les écoutes judiciaires. Les garanties envisagées par le nouveau texte de loi n'ont pas la portée qu'offre l'institution judiciaire. L'avis favorable au projet de loi, donné par le Conseil d'État, est parfois critiqué : les écoutes administratives ne menacent pas les libertés individuelles (cf. article 66 de la Constitution)¹⁰. Pourtant, la police administrative a plus de

7. Article 3 : « Peuvent être autorisées, à titre exceptionnel, dans les conditions prévues par l'article 4, les interceptions de correspondance émises par la voie des télécommunications ayant pour objet de rechercher des renseignements intéressant la sécurité nationale, la protection des intérêts économiques et scientifiques fondamentaux de la France ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisée et la reconstitution ou le maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3151, 2^e colonne.

8. « Légiférer, en ce domaine, c'est en tout état de cause, rompre avec une sorte de tabou et se saisir, avec les pincettes de la loi, de l'intouchable. Comment ne point penser que les gouvernements successifs se sont accommodés, dans l'exercice du pouvoir de cette atteinte aux libertés et à la dignité. », Georges Hage, *JOAN*, 1^{re} séance du 13 juin 1991, p. 3127, 2^e colonne.

9. Jacques Toubon : « Si nous voulons véritablement, dans ce domaine des écoutes, sauvegarder un élément essentiel de notre liberté, nous devons adopter une loi qui soit crédible aux yeux de l'opinion publique et efficace aux yeux de ceux qui les ordonnent et qui les exécutent. Elle doit également être crédible et efficace aux yeux de la communauté internationale qui nous a déjà jugés dans ce domaine et qui nous jugera peut-être encore à l'avenir. », *JOAN*, 1^{re} séance du 13 juin 1991, p. 3127, 2^e colonne.

10. *Idem* : « Je dois avouer que l'une de ses réflexions [du Conseil d'État] m'a un peu étonné, lorsqu'il a écrit que, considérant les dispositions de l'article 66 de la Constitution, les écoutes administratives ne lui paraissent pas porter atteinte à la liberté individuelle et qu'elles ne sauraient donc être régies par le juge judiciaire. Vraiment, il y a là quelque chose qui m'échappe. Si l'article 1^{er} pose le principe de leur interdiction et ne les autorise que dans l'intérêt général et dans les cas prévus par la loi, c'est bien parce qu'elles portent atteinte à la liberté individuelle. Pourtant, tout le raisonnement du Conseil d'État se fonde sur ce postulat. », *JOAN*, 1^{re} séance du 13 juin 1991, p. 3127, 2^e colonne.

pouvoirs à sa disposition que la police judiciaire. Or, l'atteinte aux droits et aux libertés des citoyens est une voie de fait pour laquelle l'autorité judiciaire est compétente. Une suspicion trop importante s'étendrait à un grand nombre de citoyens présumés innocents.

Cette discussion théorique devant l'Assemblée nationale s'inscrit dans la vocation des députés (qui n'ont pas de mandat impératif) à représenter la souveraineté nationale¹¹. Les députés peuvent entrer dans des détails techniques. Ils ne doivent pas oublier les valeurs qui sous-tendent la société démocratique. Le débat sur les écoutes téléphoniques et, notamment, sur les écoutes de sécurité permet de rappeler les enjeux et les défis que relève la République confrontée aux technologies informationnelles, à ses utilisations, à ses dérives.

Le garde des Sceaux justifie la position gouvernementale. Il s'oppose à une liste trop limitative de motifs ; ces derniers sont peu nombreux, mais laissent un champ d'investigation aux autorités administratives. L'amendement du groupe communiste, hostile aux interceptions de sécurité, est repoussé.

Jacques Toubon présente un amendement de fond sur les motifs¹². Les motifs proposés par M. Toubon lui paraissent suffisamment larges pour permettre à l'État de se défendre. La criminalité et la délinquance entreraient dans le champ de compétence de l'autorité judiciaire.

Le ministre est hostile à cette nouvelle formulation. Aussi larges soient-ils, les motifs de Jacques Toubon ne semblent pas recouvrir la protection des intérêts économiques et scientifiques de la nation. Quant au trafic international de stupéfiants ou au proxénétisme organisé, ce sont des motifs acceptés par la Convention européenne de droits de l'homme. L'approche est à la fois imprécise et trop restrictive.

A - Les motifs traditionnels

La sécurité nationale et le terrorisme sont complétés par la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées, de la reconstitution ou du maintien de groupement dissous.

1. La sécurité nationale et la prévention du terrorisme

Elles sont invoquées dans toutes les législations qui se sont intéressées aux interceptions de sécurité.

11. Sur la souveraineté nationale, cf. Titre I de la Constitution de 1958. Article 3 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et le référendum. » Article 4 : « Les partis et groupements politiques doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. »

12. L'amendement de Jacques Toubon, n° 42, est ainsi libellé : « Rédiger ainsi l'article 3 : "Les interceptions de sécurité publique ne sont autorisées que dans les cas suivants : recherche de renseignements intéressant la sécurité extérieure et intérieure de la France ; prévention des atteintes à la sécurité extérieure et intérieure de l'État". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3152, 2^e colonne.

1.1. La sécurité nationale

La sécurité nationale est un concept traditionnel, mais le terme n'apparaissait pas en tant que tel dans le droit français. La notion est empruntée à l'article 8 de la Convention européenne. Elle recouvre la Défense nationale, les autres atteintes à la sûreté et à l'autorité de l'État. Sur ce terme de la sécurité nationale, les discussions au Sénat sont âpres. Il est vrai que les termes sont utilisés dans la Convention européenne des droits de l'homme, mais la sécurité nationale, dans le projet de loi, n'est pas définie. Cette absence de définition n'est-elle pas dangereuse ?

Le droit de l'Union européenne définit presque tous les concepts, mais le droit français ne l'imite pas toujours, même s'il obéit aux règlements et s'il transpose les directives. Jacques Thyraud constate qu'il est déjà difficile de définir les notions de sûreté de l'État et de sécurité publique. Il ne souhaite pas que le concept de sécurité nationale soit introduit dans le corpus juridique français¹³. Le rapporteur, Marcel Rudloff, fait remarquer que le raisonnement de Jacques Thyraud est juste, mais que la sécurité nationale trouve sa place dans un secteur qui n'est pas judiciaire¹⁴. Jacques Thyraud retire son amendement : il est sceptique. L'État ne peut rester désarmé devant des menaces ou des crimes. Les termes « sécurité nationale » sont peut-être flous : ce sera à la commission de contrôle de préciser le concept¹⁵.

1.2. La prévention du terrorisme

La prévention du terrorisme fait l'objet d'un consensus. Certains parlementaires souhaitent qu'elle entre dans la zone des incriminations et non pas dans celui de la prévention. Mais la France ayant été l'objet de multiples attentats, la nécessité d'empêcher les assassinats organisés pour des raisons politiques paraît impérative.

Tout au plus, certains défenseurs des droits de l'homme, étrangers au Parlement, font-ils remarquer que l'État, sous couvert de prévention du terrorisme, peut être amené à pratiquer des interceptions de sécurité concernant des intellectuels, partisans de causes pour lesquelles militent des adeptes de la violence, et les journalistes dialoguant avec lesdits intellectuels¹⁶. Le nouveau code pénal a introduit

13. Amendement n° 27 présenté par Jacques Thyraud. Les mots « sécurité nationale » sont remplacés par les mots « sûreté de l'État », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2080, 2^e colonne.

14. Marcel Rudloff : « S'agissant d'un concept nouveau qui sera mis en vigueur par une commission non judiciaire, il n'est pas mauvais d'employer une autre expression que pour les poursuites pénales. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2081, 1^{re} colonne.

15. Charles Lederman : « Il [l'État] ne doit pas être désarmé non plus devant des mises en cause de la sécurité nationale. Il paraît qu'il faut maintenant employer cette expression alors que, jusqu'à présent, même si elle figure dans certains textes européens, nous n'en avons pas encore la définition. Toutefois, puisqu'on laisse à la commission qui va être créée, si elle l'est effectivement, le soin de définir tous les concepts, en effet, il ne peut être question d'incriminations, nous verrons bien. », *JO*, Sénat, séance du 23 juin 1991, p. 2081, 1^{re} colonne.

16. Le thème de « l'idée », instigatrice du crime, est récurrent dans l'imaginaire et la réalité de la vie politique française. Du régime de Vichy aux guerres coloniales, les idées et les porteurs d'idées ont été mis en cause, et des hommes ont été parfois inculpés et détenus. Par exemple, le régime de Vichy était-il légal ou illégitime ? Il se prétendait légal. Au nom de cette légalité, il a condamné les résistants qui ont commis des actes de « terrorisme » contre l'armée d'occupation, la police et la milice française. Un procès a été fait aux hommes d'État de l'avant-guerre, soi-disant responsables de la débâcle. Pendant la guerre d'Algérie, les Français qui, avant les accords d'Évian, luttaient avec le FNL, portaient atteinte à la sûreté de l'État. Ils ont été soutenus par des intellectuels.

une incrimination spécifique de terrorisme¹⁷ alors que celui-ci n'était prévu jusqu'ici qu'en matière procédurale.

2. La prévention de la criminalité et de la délinquance organisée, de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous

Elle fait aussi partie des motifs légaux d'interceptions de sécurité. La prévention de la criminalité et de la délinquance englobe le trafic illicite de stupéfiants¹⁸, le grand banditisme, le trafic d'armes, de munitions, de produits explosifs et de matières nucléaires, le faux monnayage, la grande délinquance financière, la traite des êtres humains et les vols d'œuvres et objets d'art.

L'Assemblée nationale est divisée. Certains parlementaires font remarquer que tous les aspects mentionnés correspondent à des délits ou à des crimes poursuivis par le code pénal. Pourquoi faire entrer dans l'ordre administratif ce qui relève de l'ordre judiciaire ?

Certes, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît, dans la délimitation des motifs visés par les interceptions de sécurité, le trafic des stupéfiants et la lutte contre le proxénétisme. Or, la traite des êtres humains n'est pas synonyme de proxénétisme, même si la traite des personnes a souvent pour objet le proxénétisme. La traite en question peut avoir pour objet l'exploitation commerciale, mais pas forcément sexuelle, d'êtres humains réduits à l'état d'esclaves, contraints d'effectuer des travaux de force, sans bénéficier d'aucun droit ou protection qui augmenteraient, même légèrement, le coût de la main-d'œuvre.

Quant au grand banditisme, au trafic d'armes, de munitions, de produits explosifs et de matières nucléaires, au faux monnayage, à la grande délinquance financière, aux vols d'œuvres et objets d'art, ils ne sont pas envisagés par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. C'est ce qui justifie, pour les auteurs de la loi, le recours à la prévention. Cependant, dans la mesure où des incriminations existent, deux types d'écoutes peuvent se cumuler : les écoutes administratives (prévention) et les écoutes judiciaires, quand l'infraction semble avoir été commise (nécessité de l'information).

La reconstitution ou le maintien de groupements dissous apparaît dans le projet. Le motif semble un peu obsolète. Il a un caractère politique puisqu'il vise des mouvements d'extrême gauche ou d'extrême droite, ou des partisans de causes autonomistes, indépendantistes. Les ennemis de la liberté ont certes les droits qu'ils ne concéderaient pas aux autres, mais la société estime qu'elle doit défendre les institutions républicaines. La défense des libertés publiques au détriment de groupuscules menaçants, paraît justifier ce motif. C'est en tout cas l'avis de Charles Lederman, qui a en mémoire la Cagoule et autres milices de l'avant-guerre¹⁹.

17. Cf. code pénal, articles L 421.1 à L 421.5.

18. Le trafic illicite de stupéfiants est prévu dans la loi norvégienne sur les écoutes, malgré son caractère libéral.

19. Charles Lederman : « La notion de reconstitution ou de maintien de groupements dissous, en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées, nous paraît compréhensible. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2080, 1^{re} colonne.

B - Un nouveau motif légal : la protection des intérêts économiques et scientifiques fondamentaux de la France

Ce motif appelle des remarques d'ordre général. Il semble induire une multiplication d'écoutes de sécurité utilisant plusieurs techniques de télécommunications et concernant divers profils de personnes.

Le concept est novateur. L'intérêt public s'attachant à la protection des intérêts économiques et scientifiques, fondamentaux traduit-il un relent de dirigisme ? Certes pas. Cet intérêt existe dans tous les États²⁰. Ces derniers ont le devoir de lutter contre des nébuleuses qui ne correspondent à aucune des entités juridiques connues. Le concept peut paraître un peu flou²¹. La notion englobe des délits divers (incriminations pénales) et des pratiques légales.

Deux amendements sont proposés, l'un à l'Assemblée nationale, par Jean-Jacques Hyst²², l'autre par le gouvernement²³. L'un et l'autre s'inspirent du projet de réforme du code pénal qui introduit la notion « d'éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique ». En fait, les travaux concernant le projet de loi sur les interceptions légales et sur le nouveau code pénal sont quasi concomitants. C'est ce qui explique les interférences et la communauté de formulations. Des discussions ont eu lieu sur l'opportunité de faire coïncider les textes de 1991 et le nouveau code pénal. Convient-il d'anticiper ou d'introduire des termes convenables quand le nouveau code pénal sera entré en vigueur ?

Le livre IV du projet de réforme du code pénal a été déposé à l'Assemblée nationale²⁴. L'article 410.1 définit les intérêts fondamentaux de la nation qui englobent, entre autres, « des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique ». L'actuel code pénal punit déjà les intelligences avec des agents étrangers de nature à nuire aux intérêts économiques essentiels de la France²⁵.

Les deux amendements sont quasi identiques ; seul, le mot « sauvegarde », présent dans l'amendement n° 76, est absent de l'amendement n° 86. L'amendement n° 76 reprend tous les termes prévus dans le nouveau code pénal. Il est adopté.

20. Y compris les États les plus libéraux : États-Unis, Royaume-Uni, qui cherchent à préserver le patrimoine économique, scientifique de leurs entreprises et de leur administration.

21. François d'Aubert : « C'est une formule fourre-tout, presque un alibi et je ne vois pas très bien à quoi elle peut correspondre très précisément. Ainsi, hier, au cours de la visite du GIC, j'ai demandé en plaisantant à l'un de nos interlocuteurs si ce texte permettait une surveillance accrue des entreprises japonaises. Ne comprenant pas l'ironie, il m'a répondu : "Tout à fait". », *JOAN*, 1^{re} séance du 13 juin 1991, p. 3131, 1^{re} colonne.

22. Un amendement n° 76 est présenté par Jean-Jacques Hyst et les membres du groupe de l'Union du centre, ainsi rédigé : « Dans l'article 3, substituer aux mots "la protection des intérêts économiques et scientifiques fondamentaux de la France", les mots "la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3153, 1^{re} colonne.

23. Un amendement n° 86 est présenté par le gouvernement, ainsi rédigé : « Dans l'article 3, substituer aux mots "des intérêts économiques et scientifiques fondamentaux de la France", les mots "des éléments essentiels du potentiel économique et scientifique de la France". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3153, 2^e colonne.

24. N° 2083.

25. Cf. article 80.3 du code pénal.

La protection des intérêts fondamentaux de la France concerne diverses techniques de télécommunications : dans les domaines économiques et scientifiques, le téléphone, s'il est encore utilisé, est complété par d'autres systèmes techniques de télécommunications, par exemple, la télécopie, vecteur privilégié des échanges commerciaux, le mél. Au fur et à mesure de l'évolution des technologies de télécommunications, d'autres catégories de transmission et de télécommunications seront intéressées. Plusieurs profils de personnes sont tacitement visés : les hommes d'affaires, les possesseurs de comptes bancaires.

Les écoutes fiscales sont évoquées²⁶ lors du débat devant l'Assemblée nationale. Le garde des Sceaux se veut rassurant : les interceptions de sécurité ne pourront pas intervenir à l'occasion d'enquêtes entreprises dans le domaine du contrôle fiscal, et, en matière douanière, elles seront limitées à la lutte contre le trafic de la drogue et le blanchiment de l'argent tiré de ce trafic.

Le secret bancaire²⁷ risque-t-il d'être mis à mal ? La quasi-totalité des virements inter-bancaires transite par un réseau qu'alimentent les ordinateurs des banques, et les ordres de bourse sont compensés à Paris par un système analogue. Ce phénomène relève de l'informatique plus que des télécommunications, mais les liens entre informatique et télécommunications sont si difficilement dissociables que la question se pose.

Certains dirigeants économiques et syndicaux peuvent être soupçonnés²⁸. Le gouvernement considère que ces soupçons relèvent de la paranoïa. Un exécutif démocratique qui reconnaît la liberté d'entreprise, la liberté syndicale, ne se laisserait pas aller à des dérives qui feraient de personnalités économiques ou syndicales autant d'ennemis potentiels. D'ailleurs, l'organisme de contrôle veillera à ce que les motifs ne soient pas détournés de l'esprit de la loi, qui respecte les principes généraux du droit et les libertés individuelles.

Les écoutes administratives font peur parce qu'elles ont lieu en amont de toute information judiciaire. Les motifs, assez larges pour permettre de combattre les véritables attentats contre le pays, seront examinés. Au demeurant, les principaux personnages de l'État, qui, seuls, sont habilités à prendre des décisions d'écoutes, sont généralement circonspects. Ils sont tenus de respecter l'ensemble des sources du droit.

26. Cf. François d'Aubert. Assemblée nationale, 1^{re} séance du 13 juin 1991.

27. Sur le secret bancaire, « Le secret bancaire préserve les informations qui ont un caractère confidentiel, le contenu du bilan ou le mouvement du compte » (Paris, 17 octobre 1931, *JCP*, 1932, 119).

28. Charles Lederman : « Une telle disposition peut conduire à mettre sous écoute téléphonique tous les ingénieurs de notre pays. J'ai même l'impression que tous les dirigeants d'entreprises pourraient être suspectés d'intelligence avec l'ennemi et mis sous écoute. Ne verra-t-on pas, par exemple, les dirigeants syndicaux de telle ou telle usine française être placés sur écoute téléphonique, au motif qu'il y aurait lieu de sauvegarder le potentiel économique de la France. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2081, 2^e colonne.

II - LES PERSONNES CONCERNÉES PAR L'AUTORISATION DES ÉCOUTES DE SÉCURITÉ

Une seule personne, le Premier ministre (ou ses délégués), est habilitée à autoriser les écoutes de sécurité. La légalisation des interceptions de sécurité implique une démarche centralisée.

A - La centralisation du processus de décision

Le mot « centralisé »²⁹ qui évoque, parfois, l'abus de prérogatives est repris dans le projet d'article 4³⁰ : il apparaît dans le contexte comme une garantie.

1. La centralisation au niveau ministériel

Les ministres autorisés à présenter des demandes sont au nombre de trois : le ministre de la défense, le ministre de l'Intérieur, le ministre des Douanes. Chacun d'eux doit assumer ses responsabilités à l'égard du Premier ministre, être un filtre pour les services qu'il dirige. Sous peine de perdre sa propre crédibilité, il est tenu de lutter contre une tendance bureaucratique³¹ et de désarmer l'inflation de demandes qui pourrait sévir dans ses services³². Les chefs de ces services, pour des raisons carriéristes, sont obligés de procéder aux mêmes limitations. Aux différents échelons de la hiérarchie, une censure et une autocensure s'imposent.

Les services qui sont à l'origine des demandes d'interceptions sont ceux du ministère de la Défense et du ministère de l'Intérieur. Pour le ministère de la Défense, les services demandeurs sont, en 1991, la Direction de la sécurité et de la défense (DPSD), la Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE). Les services demandeurs du ministère de l'Intérieur sont la Direction générale de la police nationale pour la Direction centrale des renseignements généraux, la Direction de la surveillance du territoire, la Direction centrale de la police judiciaire et d'autres entités telles que l'Unité de coordination de la lutte anti-terroriste (UCLAT).

29. Sur la centralisation, cf. Charles BROOK DUPONT-WHITE, *La Centralisation*, Paris, Guillaumin, 1960 ; Roger SECRETAIN, *Réflexion sur la centralisation de l'État*, Orléans, Imprimerie du Bourdon-Blanc, 1963.

30. Projet d'article 4 : « L'autorisation est accordée par le Premier ministre ou par l'une des deux personnes spécialement déléguées, sur proposition écrite et motivée du ministre de la Défense, du ministre de l'Intérieur ou du ministre chargé des Douanes, ou de l'une des deux personnes que chacun d'eux aura spécialement déléguées. », JOAN, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3154, 2^e colonne.

31. Sur la bureaucratie, cf. Michel CROZIER (sous la direction de), *Où va l'administration française*, Éditions de l'Organisation, 1974.

32. Sur la tendance des organisations à croître et à prospérer, cf. Michel CROZIER, *État modeste, état moderne : stratégies pour un autre changement*, Fayard, 1991 ; *L'entreprise à l'écoute : apprendre le management*, Le Seuil, 1994 ; *La Crise de l'intelligence : essai sur l'impuissance des élites à se réformer*, Le Seuil, 1978.

Pour la Direction centrale de la police judiciaire, une distinction sera opérée entre les interceptions de sécurité qui préviennent les infractions et les interceptions judiciaires, décidées par le juge d'instruction. Les interceptions réalisées pour le compte des douanes étaient jusqu' alors prises sur le contingent de la Direction de surveillance du territoire ; elles sont peu nombreuses : avec l'Union européenne, l'importance des douanes tend à diminuer. La proposition de loi Toubon³³ n'incluait pas les douanes, mais les finances. Le ministère des Finances ne fut pas réintroduit dans le projet de loi gouvernemental : il ne fallait pas donner trop d'importance à l'aspect économique du nouveau motif (cf. réactions des parlementaires).

2. Le formalisme de l'autorisation

Le Premier ministre est un garant mais aussi un décideur qui ne peut se faire délivrer d'injonctions³⁴. Dans la mesure où les ministres proposent des demandes écrites et motivées, il semble cohérent que le Premier ministre, qui délivre l'autorisation, soit soumis à la même procédure. Si le Premier ministre est habilité à autoriser, c'est moins en tant que chef de gouvernement³⁵ que comme détenteur du pouvoir réglementaire³⁶. Dans la hiérarchie des normes réglementaires, ce sont les décrets du Premier ministre qui l'emportent sur les normes édictées par les autres ministres.

La prise en compte du passé au regard du présent implique un formalisme qui sécurise le citoyen. La commission des lois considère que la décision du Premier ministre doit être écrite et motivée. Le risque d'arbitraire sera évité. La commission de contrôle pourra s'assurer que l'interception est bien justifiée par un des motifs de l'article 3. Une autorisation qui ne correspondrait pas à ces critères ne serait pas légale mais, sans motivation écrite, la commission n'aurait pas la possibilité d'inciter un chef de gouvernement distrait à faire appliquer la légalité.

Un amendement est présenté dans ce sens devant l'Assemblée nationale par le rapporteur François Massot³⁷. Les arguments sont explicites³⁸. L'amendement

33. Article 18 de la proposition de loi Toubon : « La mise en place d'un dispositif d'interception d'une communication est autorisée par le Premier ministre, sur demande écrite et motivée du ministre de la Défense, du ministre de l'Intérieur ou du ministre des Finances. »

34. Il est impossible de délivrer une injonction au chef de l'administration.

35. Le chef du gouvernement dirige la politique de la nation. Son rôle, en ce domaine, est général. Il ne revêt aucun caractère individuel.

36. Le pouvoir réglementaire est celui de l'article 37 de la Constitution de 1958. Ce qui ne relève pas du domaine de la loi (article 34) incombe au règlement (décrets, arrêtés). Les sources réglementaires relèvent des autorités administratives, des pouvoirs publics : gouvernement, préfets, présidents de conseils régionaux ou départementaux, maires. L'autorisation d'écoute administrative est donc un acte réglementaire, délivré par le Premier ministre.

37. Amendement n° 4 de François Massot : « Dans le premier alinéa de l'article 4, substituer aux mots "le Premier ministre" les mots "décision écrite et motivée du Premier ministre". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3154, 2^e colonne.

38. François Massot : « La décision du ministre doit être écrite et motivée de manière à permettre à la commission nationale de contrôle, que nous allons, du moins je le pense, créer dans quelques instants, de vérifier que l'interception répond bien à l'un des objets prévus à l'article 3. Cet amendement est important. Il est évident que la commission de contrôle ne peut pas avoir l'intégrité du dossier ; elle pourra le consulter, mais elle aura une décision motivée. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3154, 2^e colonne.

dement est définitivement adopté et il représente une amélioration sensible du texte.

La motivation d'une autorisation écrite renforce la crédibilité d'un législateur qui veut défendre l'ordre public sans porter atteinte aux libertés individuelles. La personne habilitée ne dispose pas toujours du temps nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Elle est alors amenée à déléguer.

B - Délégations, centralisation

1. Nécessité et limites des délégations

Les ministres, y compris le Premier ministre, n'ont pas le temps matériel afin d'examiner avec soin les propositions de demandes. Leurs délégués se voient donc confier cette mission importante. Si le Premier ministre ne peut travailler sans délégués³⁹, les ministres de la Défense, de l'Intérieur, des Douanes, doivent apporter leur marque personnelle au secteur spécifique qu'ils ont en charge. Un seul délégué suffit. Cette proposition émane de François Massot et de Jean-Pierre Michel⁴⁰; elle se justifie par la responsabilité afférente à ces propositions de demandes⁴¹. L'amendement n'est pas défendu. Quant au souci de transparence, il ne va pas jusqu'à rendre publique l'identité des personnes déléguées qui pourraient être mises sur la sellette⁴².

François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon considèrent que, puisque le nom des personnes habilitées à initialiser ou à autoriser une interception de sécurité est connu, il est logique d'adopter le même principe avec les délégués. Le gouvernement n'est pas de cet avis. Les ministres appartiennent à l'exécutif. Les délégués diligentent leurs missions au sein d'un cabinet, dans une relative confidentialité. Quant au GIC, il continue à jouer un rôle important. Il n'est pas oublié par le texte de 1991.

39. En fait, ce sont les délégués désignés par le Premier ministre qui prennent les décisions d'autorisations. Le chef du gouvernement se contente d'apposer sa signature, et, dans les cas les plus sensibles qui pourraient lui être signalés, de procéder à un autocontrôle.

40. Amendement n° 6 de François Massot et de Jean-Pierre Michel : « Après les mots "douanes ou de", rédiger ainsi la fin du premier alinéa de l'article 4 : "La personne que chacun d'eux aura spécialement déléguée". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3154, 2^e colonne.

41. François Massot : « La commission a jugé que, dans des domaines aussi particuliers, les ministres devaient prendre personnellement leurs responsabilités. Elle comprend parfaitement qu'un ministre ne puisse être en permanence disponible pour signer une autorisation, mais elle a estimé que cette délégation ne pouvait être donnée qu'à une seule personne. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3155, 1^{re} colonne.

42. Amendement n° 62 présenté par François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon : « Compléter le premier alinéa de l'article 4 par la phrase suivante : "Le nom des personnes spécialement déléguées par le Premier ministre, le ministre de la Défense, le ministre de l'Intérieur ou le ministre chargé des Douanes est publié au *Journal officiel*". » L'amendement n'est pas défendu. *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3133, 1^{re} colonne.

2. La légalisation du GIC par la centralisation

Le deuxième alinéa de l'article 4 est considéré comme inutile par Jacques Toubon⁴³. La centralisation se doit d'être appréhendée au niveau du régime de demandes d'autorisation. L'exécution dans la centralisation est induite par le premier alinéa. Ce n'est pas l'avis du gouvernement. Celui-ci argue de ce que l'alinéa donne une existence légale au GIC, qui est le centralisateur des écoutes⁴⁴.

En 1991, le GIC n'effectue à Paris qu'une partie des interceptions. Il dispose d'un important détachement à Lyon ainsi que de multiples centres en province et outre-mer, centres qui sont abrités soit par la DST, soit par les renseignements généraux. Un centre se bornait parfois à une pièce munie de deux ou trois enregistreurs. Le GIC utilise quelquefois un local provisoire qui est installé avec l'aide de la gendarmerie. Il ne souhaite pas opérer à proximité d'un local d'écoutes judiciaires : les confusions seront ainsi évitées. La légalisation du GIC par l'alinéa 2 n'est qu'implicite, mais il est impossible, dans un texte général, de mentionner le GIC dont le statut pourrait faire éventuellement l'objet de mesures réglementaires.

L'article 3 est centré sur le chef du gouvernement, qui est au cœur du dispositif des écoutes de sécurité. C'est le Premier ministre qui autorise toutes les mesures de sécurité indispensables à la défense de l'État. Ainsi, la loi (LRT) du 29 décembre 1990, dans sa partie consacrée à la cryptographie, précise que le Premier ministre délivre les autorisations en matière d'utilisation, de fournitures, d'exportation de cryptographie. Si le président de la République veille sur les libertés individuelles, le chef du gouvernement fait respecter le maintien de l'ordre public. L'unicité est de règle. Si centralisation et unicité sont les maîtres mots en ce qui concerne les personnes habilitées, la minutie caractérise les modalités d'interception.

§ II - LES MODALITÉS D'APPLICATION DE LA LOI

Elles sont précises : cette exigence correspond à la lettre aux arrêts de la CEDH.

43. Amendement n° 43 présenté par Jacques Toubon, ainsi rédigé : « Supprimer le deuxième alinéa de l'article 4 », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991. Jacques Toubon explique : « C'est vraiment une lapalissade compte tenu de tout ce qui a été indiqué auparavant et du rôle que joue le Premier ministre dans le dispositif. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3155, 1^{re} colonne.

44. La décision de Michel Debré, non publiée, n'était plus assimilée à un fondement juridique. Le GIC jouait donc un rôle éminent au sein de la République, employait des fonctionnaires, mais existait seulement *de facto*.

I - UNE EXÉCUTION CONDITIONNÉE PAR LE CONTINGENTEMENT ET LA DURÉE

A - Un contingentement explicite

Le projet d'article 5⁴⁵ est consacré au nombre maximal d'interceptions susceptibles d'être pratiquées simultanément sur autorisation du Premier ministre.

La fixation d'un nombre maximal d'écoutes de sécurité simultanées, la répartition *a priori* de ce contingent entre les ministères de la Défense, de l'Intérieur, des Douanes, sont une mesure protectrice. Les services sont tenus d'estimer à la baisse leurs besoins : les ministères sont obligés de minimiser leurs demandes. La gestion de la rareté est un objectif. Il apparaît évident aux services qu'ils ont intérêt à mettre fin le plus rapidement possible aux interceptions devenues sans objet ou de moindre importance.

Le Premier ministre arrête le contingent d'interceptions susceptibles d'être pratiquées en même temps et informe la commission de contrôle de tout changement. La décision du chef du gouvernement n'est soumise à aucune condition de forme : elle est révisable même si le nombre maximal d'interceptions est stable. Un ministère qui n'utiliserait pas pleinement son quota ne subirait pas de réductions. Dès lors, il ne s'efforcera pas d'atteindre systématiquement ce butoir.

La décision du Premier ministre est éminemment politique⁴⁶. La stagnation ou l'augmentation du « quota » ou « contingent » traduit des données endogènes et exogènes à la situation économique, géopolitique, de la France. Le terme « quota » pose cependant question sur le plan juridique⁴⁷. Il est parfois utilisé dans un texte applicatif, mais jamais dans une loi.

Aussi, le rapporteur François Massot propose-t-il un amendement⁴⁸. Le « contingent »⁴⁹ remplace le quota. Cette substitution est significative. Le quota

45. Projet d'article 5 : « Le nombre maximal des interceptions susceptibles d'être pratiquées simultanément en application de l'article 4 de la présente loi est arrêté par le Premier ministre. La décision fixant le quota et sa répartition entre les ministères mentionnés à l'article 4 est portée à la connaissance de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3151, 1^{re} colonne.

46. En 1982, à l'occasion des études de la commission Schmelck, des informations avaient été divulguées sur le nombre maximal d'interceptions simultanées autorisées. Les chiffres étaient les suivants :

- Contingent global : 927
- Ministère de l'Intérieur : 729
- Ministère de la Défense : 196.

Le nombre des interceptions est resté approximativement écale jusqu'à la guerre du Golfe. À cette époque, les écoutes administratives enregistrèrent une augmentation de cent interceptions. En 1991, le retour au quasi-étiage est constaté, sur la base des chiffres du GIC communiqués aux parlementaires, mais non publiés.

47. Au sens commun, quota : « Pourcentage, contingent... », *Petit Larousse*.

48. Amendement n° 7 présenté par François Massot : « Dans le deuxième alinéa de l'article 5, substituer au mot "quota" le mot "contingent". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3155, 2^e colonne.

49. Au sens commun, de contingent.

n'a pas de valeur générique : il n'est que le résultat de la répartition du contingent. L'amendement améliore la rédaction. Il est adopté définitivement. Pour que l'équilibre entre l'ordre public et les libertés individuelles soit réel, il convient que l'organisme de contrôle puisse remplir pleinement sa fonction. Le délai de prise de connaissance est essentiel. Un amendement est proposé au Sénat dans ce sens⁵⁰. Un changement du contingent devrait être examiné par la commission, même si la décision revient au Premier ministre⁵¹. Or, un avis donné avec retard est un avis dévalorisé. Le terme « aussitôt » est adopté. Il sera remplacé en deuxième lecture par les mots « sans délai », plus couramment utilisé dans les normes légales ou réglementaires. Avant même d'être créé, l'organisme de contrôle est invité à occuper une fonction sérieuse, non métaphorique.

B - La durée de l'interception et son renouvellement

Cela constitue un enjeu pour l'ordre public et les libertés⁵².

1. La durée

Certains parlementaires souhaitent que l'autorisation soit la plus brève possible. D'autres députés ou sénateurs préfèrent, dans l'intérêt général, que la durée permette d'élaborer des investigations assez fines et soit relativement longue. Sur ce point, et sur ce point seulement, la trajectoire herméneutique et langagière est semblable à celle qui s'est exprimée lors des interceptions judiciaires.

Dans sa proposition de loi⁵³, Jacques Toubon suggère six mois. La législation anglaise en prévoit deux, la législation allemande trois. La durée prévue par le projet, quatre mois, est identique à la durée des écoutes judiciaires. Le débat a eu lieu antérieurement. Un consensus se dégage. De plus, d'après les statistiques communiquées par le GIC, la durée des quatre mois correspond à la moyenne des écoutes administratives pratiquées jusqu'en 1991. La volonté de préserver les bons acquis est de nouveau clairement affirmée⁵⁴.

50. Amendement n° 39, présenté par Michel Dreyfus-Schmidt, les membres du groupe socialiste et apparentés, qui propose, dans le deuxième alinéa de l'article 5, d'ajouter, après les mots « est portée », le mot « aussitôt ». *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2082, 1^{re} colonne.

51. Michel Dreyfus-Schmidt : « Il n'y a pas de raison, pour que, tout à coup, un Premier ministre décide du jour au lendemain de doubler, voire de tripler, le nombre de ces interceptions. Cependant, matériellement parlant, leur nombre pourrait être porté à 5 000. En tout état de cause, nous demandons que la commission soit prévenue "aussitôt". », *JO*, sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2082, 1^{re} colonne.

52. Article 6 (ancien article 7) : « L'autorisation mentionnée à l'article 3 est donnée pour une durée maximale de quatre mois. Elle cesse de plein droit de produire effet à l'expiration de ce délai. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3155, 2^e colonne.

53. Article 21 de la proposition de loi de Jacques Toubon : la durée de l'interception n'exède pas six mois.

54. Cf. rapport Schmelck.

Le discours idéologique s'est manifesté à l'occasion des motifs. Il tend à se diluer avec le concept de durée, qui préétablit pourtant un schéma comportemental pour toutes les personnes concernées.

2. Le renouvellement

Jacques Toubon proposait de confier à la Haute Autorité dont il prévoyait la création pour veiller au respect de la vie privée la décision de renouvellement⁵⁵. L'autorisation peut être renouvelée autant de fois que nécessaire, selon la même procédure. Aucun garde-fou n'est institué. C'est le Premier ministre qui, seul, prend la responsabilité de renouveler l'autorisation d'interception. Une comparaison peut certes s'établir entre le juge d'instruction et le Premier ministre, mais elle rencontre vite des limites. Pendant une information, les droits de la défense existent. En matière d'écoutes de sécurité, il ne peut y avoir de défense, puisqu'il n'y a pas eu de mise en examen.

Les principes de base des écoutes administratives sont en conformité avec la jurisprudence de la CEDH. Ils fixent les règles de droit attendues. La légitimité de l'interception administrative réside dans la défense préventive de l'intérêt général, dont les contours prêtent à discussion. Le contingentement, la durée et le renouvellement de cette durée complètent les données mentionnées plus haut.

II - TRANSCRIPTION, DESTRUCTION DES ENREGISTREMENTS

Les modalités de transcription, de destruction et de transcriptions des enregistrements, assurent une exécution de l'interception en conformité avec les principes de l'interception administrative. Un compromis est passé entre l'intérêt public et le maintien des libertés.

A - La pratique de la transcription

Elle est approchée avec minutie. La transcription n'est pas de règle : dans la mesure où l'interception de sécurité est préventive, l'écoute peut s'avérer inutile. En ce cas, l'interception ne sera pas renouvelée. La transcription ne se produit que si des éléments en relation avec les motifs apparaissent significatifs⁵⁶.

55. Jacques Toubon – article 21 : « la durée n'est renouvelée que sur autorisation expresse de la Haute Autorité ».

56. Article 7 (ancien article 8) du projet de loi : « Les correspondances interceptées ne peuvent faire l'objet d'une transcription que si elles contiennent des renseignements en relation avec l'un des objectifs énumérés à l'article 3 de la présente loi. Cette transcription est effectuée par les personnels habilités des ministères mentionnés à l'article 4. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3153, 2^e colonne.

1. Les procédés de l'interception

L'interception de sécurité est exécutée selon les mêmes procédés que l'interception judiciaire. Elle est caractérisée par trois opérations : branchement sur la ligne à écouter, enregistrement des communications, transcription. Les seuls renseignements transcrits sont en rapport avec les motifs légaux d'interception. La règle est identique à celle qui a été insérée dans le code de la procédure pénale pour les interceptions ordonnées par un juge d'instruction ; l'interprétation sera identique. Par ce biais, apparaît un filet de protection tendant à limiter d'éventuelles astreintes aux libertés individuelles, si l'autorisation a été accordée avec un peu de légèreté, malgré l'avis de l'organisme de contrôle, et des indices insuffisants. Le premier alinéa manque de précision. Un amendement rédactionnel tente de l'améliorer⁵⁷. Il est adopté.

Le même souci de clarté préside à une modification du deuxième alinéa. Un débat technique éclaire de ses nuances les défauts de la première rédaction. Au Sénat, Marcel Rudloff présente pour la commission des lois un amendement rédactionnel visant à introduire la notion d'arrêté : l'arrêté des ministres désignerait les personnels habilités à procéder à la transcription⁵⁸.

Le garde des Sceaux s'oppose à cet amendement pour deux raisons : une raison juridique et une raison d'opportunité. Sur le plan juridique, la disposition relève du règlement, non de la loi : il est fréquent qu'une loi introduise un futur décret d'application, qu'un décret initialise un arrêté applicatif. Il n'est pas d'usage qu'un arrêté soit inclus dans une loi. À cet argument pertinent s'ajoute une raison d'opportunité. L'habilitation par voie d'arrêté implique la publicité. Or, les agents qui effectuent des tâches pour le compte des ministres de la Défense, de l'Intérieur, du ministre chargé des Douanes, ont besoin de la confidentialité pour travailler avec efficacité et sûreté.

Marcel Rudloff est convaincu par l'argumentation juridique mais remarque que la rédaction initiale est toujours aussi défectueuse. Un ministre est une personne physique de droit public⁵⁹. Un ministère est une notion trop vague⁶⁰. Marcel Rudloff propose un nouvel amendement qui supprime le terme ministère⁶¹. Cet amendement est adopté définitivement.

57. L'amendement n° 9 présenté par François Massot, Paul-Louis Tenaillon, Alain Lamassure, est ainsi libellé : « Rédiger ainsi le premier alinéa de l'article 8 : "Dans les correspondances interceptées, seuls, les renseignements en relation avec l'un des objectifs énumérés à l'article 3 de la présente loi peuvent faire l'objet d'une transcription" ». *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3155, 2^e colonne.

58. Amendement n° 5 présenté par Marcel Rudloff, ainsi rédigé : « Cette transcription est effectuée par les personnels habilités, selon le cas, par arrêté du ministre de la Défense, du ministre de l'Intérieur, et du ministre chargé des douanes. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2082, 1^{re} colonne.

59. Le ministre : sujet du droit constitutionnel et du droit administratif.

60. Le « ministère » est ainsi défini par le *Petit Larousse* : « Administration dépendant d'un ministre ; bâtiment où se trouvent ses services. »

61. Un amendement n° 5 rectifié est présenté par Marcel Rudloff, et ainsi rédigé : « Cette transcription est effectuée par des personnels habilités. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2082, 2^e colonne.

Quant à la confidentialité, elle sera assurée par voie réglementaire : des arrêtés ministériels protègent des fonctionnaires du ministère de la Défense⁶² et des fonctionnaires de police⁶³. Des services de gendarmerie dont les missions nécessitent la confidentialité ont droit au respect de l'anonymat. Les services concernés sont listés :

- L'État-major du Groupement de sécurité et d'intervention de la gendarmerie nationale (GSIGN).
- Le Groupe d'intervention de la gendarmerie nationale (GIGN).
- L'Escadron parachutiste et d'intervention de la gendarmerie nationale (EPIGN).
- Le détachement de gendarmerie du Groupe de sécurité de la présidence de la République (GSPR).

Des services de police dont les missions impliquent le secret ont droit, eux aussi, au respect de l'anonymat :

- La Direction de la surveillance du territoire (DST).
- L'Unité recherche, assistance, intervention, dissuasion (RAID).
- L'Unité de coordination de la lutte antiterroriste (UCLAT).
- L'Unité de coordination et de recherches antimafias (UCRAM).
- Les groupes d'intervention de la police nationale de la Direction de contrôle de la sécurité publique (GIPN).
- La sous-direction de la recherche de la Direction centrale des renseignements généraux, ses antennes locales spécialisées et la cellule « sectes » de la sous-direction de l'analyse, de la prospective et des faits de société de la Direction centrale des renseignements généraux.
- La division de la Direction centrale de la police judiciaire chargée de la répression des atteintes à la sûreté de l'État.
- La sous-direction chargée de la violence et du terrorisme de la Direction régionale des renseignements généraux de la préfecture de police.
- La Brigade de recherche et d'intervention de la préfecture de police (BRI).
- La section lutte contre l'intégrisme islamique de la sous-direction des communautés étrangères et la section chargée des cultes à la sous-direction de l'information générale de la Direction des renseignements généraux de la préfecture de police.

Un nouvel arrêté de 1996⁶⁴ vient compléter cette liste avec la mention « les fonctionnaires de la police nationale affectés au groupe de sécurité du président de la République ».

Ces arrêtés sont des arrêtés de régularisation et d'application⁶⁵. L'anonymat a été, de fait, conservé au bénéfice des fonctionnaires des ministères de l'Intérieur et de la Défense qui sont chargés de participer à la prévention des crimes et délits

62. Arrêté du 20 novembre 1995 du ministère de la Défense relatif au respect de l'anonymat.

63. Arrêté du 5 mai 1995 relatif au respect de l'anonymat de certains fonctionnaires de police.

64. Arrêté du 9 mai 1996, modifiant l'arrêté du 5 mai 1995 relatif au respect de l'anonymat de certains fonctionnaires de police.

65. Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

prévus dans l'article 3 (les motifs) de la loi de juillet 1991. Cette réglementation traduit une volonté politique de donner un fondement juridique à cette pratique de l'anonymat. Ainsi ne sera-t-il plus possible, au nom de la liberté de la presse⁶⁶, de révéler l'identité de fonctionnaires qui pourraient être menacés et dont la fonction perdrait toute efficacité s'ils étaient connus du public.

2. Transcription des opérations et relevé des opérations d'interception⁶⁷

Cet article pose la question du registre. Une des recommandations du rapport Schmelck précise : « Le ministre de la Défense et le ministre de l'Intérieur font établir des registres chronologiques faisant apparaître le nom de la personne écoutée, les motifs de l'interception et sa durée, ainsi qu'un répertoire alphabétique contenant les mêmes indications. »

Cette recommandation est relayée par l'article 22⁶⁸ de la proposition de loi de Jacques Toubon, ancien membre de la commission Schmelck. Ce registre peut revêtir deux aspects : le premier est celui d'une menace insidieuse contre les libertés. À l'époque du rapport Schmelck, des personnalités politiques et syndicales avaient perçu la tenue d'un registre, qui était effective, comme une immixtion dans la vie privée.

Le second est celui d'une protection des individus. Un organisme de contrôle habilité a la latitude de vérifier les données. Si un registre est établi, il doit être rempli avec soin. Les fiches seront correctement répertoriées. Des amendements sont présentés sur ce thème. Michel Dreyfus-Schmidt, les membres du groupe socialiste et apparentés déposent un texte⁶⁹ qui est discuté. Marcel Rudloff considère que le projet d'article ne sera pas amélioré par une accumulation de détails⁷⁰. Si la commission de contrôle estime qu'il convient de compléter des procédures, un règlement y pourvoira. Le garde des Sceaux

66. Cf. loi n° 95.73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, et notamment l'article 6.

67. Projet d'article 9 : il est établi, sous l'autorité du Premier ministre, un relevé de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement. Ce relevé mentionne sa date, l'heure à laquelle elle a commencé et celle à laquelle elle s'est terminée. *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3153, 1^{re} colonne.

68. Article 22 de la proposition de loi de Jacques Toubon : « Un registre faisant état des personnes objet d'interceptions, des motifs et de la durée de celles-ci est tenu par la Haute Autorité chargée de la protection de la vie privée. »

69. Un amendement n° 40 présenté par Michel Dreyfus-Schmidt, les membres du groupe socialiste et apparentés, est ainsi rédigé : « Il est tenu, sous l'autorité du Premier ministre, un registre des interceptions autorisées qui est mis, à sa demande, à la disposition de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité instituée à l'article 14. Ce registre chronologique doit faire apparaître le nom de la personne écoutée, les motifs de l'interception et sa durée, ainsi qu'un répertoire alphabétique contenant les mêmes indications. », *JO*, Sénat, séance du 23 juin 1991, p. 2082, 1^{re} colonne.

70. Marcel Rudloff : « Les dispositions prévues par l'article 4 [...] ont paru convenables à la commission ; en effet, elles suffisent à répondre à la juste préoccupation rappelée par notre collègue. », *JO*, Sénat, séance du 23 juin 1991, p. 2082, 2^e colonne.

ajoute que ce registre engendrerait un surcroît de travail sans amélioration des textes⁷¹.

L'argument ne porte pas : un registre et un répertoire alphabétique permettent un contrôle plus simple que le relevé. Cette initiative n'induit pas un surcroît de travail puisque le registre existe déjà. Le système des relevés présente des défauts⁷². Jacques Thyraud est plutôt favorable au registre, mais il mentionne que les informations seront, très prochainement, consignées dans la mémoire d'un ordinateur et feront l'objet d'un traitement. La loi de 1978⁷³ s'appliquera. Marcel Rudloff propose, quant lui, un amendement rédactionnel⁷⁴. L'amendement Dreyfus-Schmidt, qui substituerait un registre à un relevé, est repoussé. L'amendement Rudloff est définitivement adopté.

Les renseignements ainsi recueillis ne peuvent servir à d'autres fins que celles énumérées par l'article 3⁷⁵. Cependant, si le fonctionnaire, par le biais de ces écoutes de sécurité, prend connaissance d'un crime ou d'un délit, il saisit l'institution judiciaire, informe le procureur de la République à qui sont transmis lesdits renseignements. La rétention est interdite⁷⁶. Une passerelle est lancée par-dessus le fossé qui, à quelques exceptions près, sépare fort justement (puisque les finalités sont différentes) interception judiciaire et interception de sécurité.

B - L'obligation de détruire les enregistrements et les transcriptions

1. L'obligation de détruire les enregistrements

À la proposition de Jacques Toubon⁷⁷ dans son article 20, visant à la destruction des documents dès qu'ils ne sont plus nécessaires, le projet de

71. Henri Nallet, garde des Sceaux : « Je crois cependant que la création d'un registre risquerait d'engendrer plus de difficultés qu'elle n'en résoudrait, d'autant plus que les conditions sont posées assez clairement dans le texte du projet de loi pour que le président de la commission puisse faire son travail dans de bonnes conditions. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2083, 2^e colonne.

72. Michel Dreyfus-Schmidt : « J'avoue que je ne comprends pas comment le contrôle serait plus facile avec un relevé par opération, ces relevés n'étant, *a priori*, ni cotés, ni paraphés, ni reliés. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2083, 2^e colonne.

73. Loi du 6 janvier 1978 sur le traitement des données informatisées à caractère personnel.

74. Un amendement n° 6 est déposé par Marcel Rudloff, au nom de la commission des lois, ainsi rédigé : « Ce relevé mentionne la date et l'heure auxquelles elle a commencé, celles auxquelles elle s'est terminée. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2085, 2^e colonne.

75. Article 10 (ancien article 11) : « Sans préjudice de l'application du deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, les renseignements recueillis ne peuvent servir à d'autres fins que celles mentionnées à l'article 3. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991.

76. Cf. en application de l'article 40, alinéa 2 du code de procédure pénale.

77. Article 20 de la proposition de loi de Jacques Toubon : « Les documents recueillis sont détruits dès qu'ils ne sont plus nécessaires. »

l'article 9⁷⁸ préfère un délai maximal de quatre mois pour les enregistrements. Le délai de quatre mois peut sembler trop long. François Massot a constaté sur place que les cassettes des enregistrements étaient effacées dans les quatre heures au GIC. Jean-Pierre Michel, pour la commission des lois, propose une réduction du délai⁷⁹ de quatre mois à dix jours. Jacques Toubon préfère la formule « sans délai »⁸⁰. Le garde des Sceaux souligne que l'amendement de la commission est plus précis⁸¹. L'Assemblée nationale vote l'amendement Massot-Michel. Elle rejette, en revanche, l'amendement de François d'Aubert et de Paul-Louis Tenaillon⁸². En effet, la commission de contrôle ne disposera pas, comme cela est envisagé par les députés, du pouvoir de déclarer illégale une écoute ; elle n'est pas un tribunal. Un autre amendement de Paul-Louis Tenaillon prévoyait que le président de la commission de contrôle serait avisé des opérations de destruction. Il est repoussé mais il est indiqué que l'organisme de contrôle sera en mesure de se faire communiquer les procès-verbaux de destruction. C'est le Premier ministre qui est responsable (« sous l'autorité ») de la destruction de l'enregistrement, parce que c'est lui qui a autorisé l'interception de sécurité.

Le ministre en charge des télécommunications est un personnage essentiel dans les interceptions de sécurité. Les opérations s'effectuent sous son autorité ou sous sa tutelle⁸³. La commission des lois souhaite supprimer la référence au directeur de cabinet, inhabituelle dans un texte de loi et qui relèverait plutôt d'un texte réglementaire d'application. Il est donc fait mention (c'est un amendement⁸⁴ de

78. Article 9 (ancien projet d'article 10) : « L'enregistrement est détruit sous l'autorité du Premier ministre, dans les meilleurs délais et au plus tard à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date à laquelle il a été effectué. Il est dressé procès-verbal de cette opération. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3156, 1^{re} colonne.

79. L'amendement n° 10, présenté par François Massot et Jean-Pierre Michel, est ainsi rédigé : « Dans le premier alinéa, substituer aux mots "dans les meilleurs délais et au plus tard à l'expiration d'un délai de quatre mois", les mots "à l'expiration d'un délai de dix jours au plus tard". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3156, 1^{re} colonne.

80. Un amendement n° 45, présenté par Jacques Toubon, est ainsi rédigé : « Dans le premier alinéa, substituer aux mots "dans les meilleurs délais", les mots "sans délai". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3156, 1^{re} colonne.

81. Henri Nallet, garde des Sceaux : « Je ne suis pas certain que "sans délai" signifie "zéro jour". Une telle formule risque de prêter à discussion ou à confusion. » *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3156, 2^e colonne.

82. Un amendement n° 63, présenté par François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon, est ainsi rédigé : « Compléter le premier alinéa par la phrase suivante : "Lorsque l'écoute a été déclarée illégale par la commission, la destruction de celle-ci est automatique et immédiate". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3156, 2^e colonne.

83. Article 11 (projet d'article 12) : « Les opérations matérielles nécessaires à la mise en place des interceptions dans les locaux et installations des services ou organismes placés sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des télécommunications ou des exploitants de réseaux ou fournisseurs de services de télécommunications autorisés ne peuvent être effectuées que sur ordre du ministre chargé des télécommunications, ou par délégation spéciale, sur ordre de son directeur de cabinet, par des agents qualifiés de ces services, organismes, exploitants ou fournisseurs dans leurs installations respectives. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3157, 1^{re} colonne.

84. Un amendement n° 11 est présenté par François Massot : « À la fin du premier alinéa substituer aux mots "par délégation spéciale, sur ordre de son directeur de cabinet", les mots "sur ordre de la personne spécialement déléguée par lui". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3127, 1^{re} colonne.

coordination) d'un délégué et non d'un directeur de cabinet : le ministre chargé des télécommunications ne peut déléguer son pouvoir qu'à une seule personne. L'amendement est adopté.

2. L'obligation de détruire les transcriptions

La transcription d'une interception de sécurité sera détruite, dans la majorité des cas, plus rapidement qu'une transcription d'écoute judiciaire. La transcription d'une écoute judiciaire est une pièce officielle à verser au dossier de l'instruction. Le document est intégré à l'information.

La transcription d'une écoute de sécurité n'existe que si elle permet de dévoiler certains faits afférents à des motifs de l'article 3 (cf. *supra*). Si elle révèle qu'un crime ou délit a été commis, le Parquet sera saisi. Les transcriptions ne sont conservées que si elles sont nécessaires aux autorités militaires, policières, douanières, dans la prévention de crimes ou de délits, d'atteintes à la sécurité nationale⁸⁵.

L'évaluation de la nécessité d'y procéder est réalisée par les services des ministères de la Défense et de l'Intérieur. Certains services seront tenus d'archiver des transcriptions, quand le suivi d'une affaire (cf. par exemple, le terrorisme) implique la préservation des données antérieures, susceptibles d'éclairer le présent. Peuvent-ils être tentés d'archiver⁸⁶ abusivement ? C'est possible, car le phénomène bureaucratique⁸⁷, dans les administrations, repose aussi sur la préservation des dossiers. Rappelons que cette pratique serait illégale, puisque la conservation doit revêtir un aspect indispensable. Ce dernier sera soupesé par les supérieurs hiérarchiques des agents en charge des dossiers, sous la responsabilité des « trois » ministres concernés et du Premier ministre.

Aucun contrôle extérieur à l'administration n'est prévu. Aucun autocontrôle n'est envisagé à l'occasion des débats parlementaires. Si la CNCIS communique des chiffres sur le nombre des écoutes et sur leur répartition par motif, elle ne donne pas de renseignement sur la durée moyenne de conservation des transcriptions d'interception. Pourtant, les procès-verbaux de destruction permettent de déterminer exactement quand la destruction a lieu et d'établir des statistiques sur le temps de latence en matière de conservation et de destruction des transcriptions d'écoutes administratives. Une exploitation de ces procès-verbaux serait fort utile pour le contrôle de gestion et les coûts de gestion, pour la sociologie juridique⁸⁸ et pour la sociologie politique⁸⁹ qui, tous, sont intéressés par les travaux de sécurité effectués par le GIC, par les services des ministères de l'Intérieur, de la Défense.

85. Projet d'article 12 (ancien article 13) : « Les transcriptions d'interception doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus indispensable à la réalisation des fins mentionnées à l'article 3. Il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction. Les opérations mentionnées aux alinéas précédents sont effectuées sous l'autorité du Premier ministre. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1993, p. 3157, 1^{re} colonne.

86. Loi sur l'archivage de 1979.

87. Dossiers et bureaucratie : cf. Michel Crozier.

88. Sur la sociologie juridique, cf. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 1994 ; *Flexible droit*, LGDJ, 8^e édition, 1991.

89. Sur la sociologie politique, cf. Hugues PORTELLI, *La Sociologie politique*, Les Cours de droit, 1990.

Cette obligation de détruire les transcriptions est moins précise que l'obligation de détruire les enregistrements. Le différentiel de vigilance n'est pas un effet du hasard. Il correspond à une historicité, à un vécu des hommes du GIC, tel qu'il a été analysé par le rapport Schmelck, tel qu'il a été approché par les parlementaires qui ont rendu visite au GIC. La loi de 1991 ne cherche pas à rompre avec le passé, mais à faire entrer le monde du secret dans la légalité.

Voilà pourquoi la commission des lois et les parlementaires spécialisés dans les écoutes de sécurité, aidés par des juristes, ont cherché à concevoir une bonne loi, dont la construction ne puisse être critiquée, et dont le degré de précision fût suffisant, sans induire un excès de détails⁹⁰, sources de dysfonctionnements.

SECTION DEUX L'INSTITUTION DU CONTRÔLE DES ÉCOUTES DE SÉCURITÉ

Les écoutes administratives sont inconcevables sans contrôle. Ce dernier dépend de la culture des États dans ce domaine. La discussion sur les motifs et les modalités d'interception de sécurité fait constamment référence à un organisme de contrôle qui sera habilité à exercer un contrôle et à trancher certains points qui ne sont mentionnés ni dans la loi, ni dans les textes réglementaires auxquels il est fait parfois allusion⁹¹.

Depuis la fin des années 1960, les organismes de contrôle et de régulation se sont multipliés : citons la Commission des opérations de bourse (COB)⁹², la CADA⁹³, la CNIL, la Commission de la concurrence, le Conseil de la concurrence. Ces entités juridiques sont des organismes de contrôle et de régulation. Les organismes de régulation prennent de plus en plus d'importance avec la globalisation des marchés⁹⁴.

90. Les articles 5, 7, ont donné lieu à des discussions sur le degré de précision, et à l'opportunité d'introduire une règle dans une loi ou dans un texte réglementaire.

91. Cf. article 11 de la loi du 26 juillet 1991.

92. Sur la COB, cf. *La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés*, Économica, p. 93 ; COB, rapport annuel.

93. Sur la CADA : « Les administrés peuvent obtenir communication des documents administratifs dans les conditions fixées par la loi n° 78.753 du 17 juillet 1978 sur la liberté d'accès aux documents administratifs. Le contrôle est exercé par la CADA. Seule, la personne dénommée dans un document peut en obtenir communication. » CE, 23 novembre 1990.

94. La globalisation des marchés privilégie la régulation, arbitre dans une économie concurrentielle. La sphère des télécommunications a généré des organismes de régulation dans chaque pays, y compris le plus puissant, les États-Unis. La FCC (*Federal Communication Commission*) élabore des positions qui sont étudiées et discutées, par exemple, au sein de l'OMC. L'Union européenne envisage de créer à moyen terme un organisme de régulation pour les télécommunications. Cette démarche tend à s'appliquer aux secteurs les plus productifs.

La différence entre organismes de contrôle et organismes de régulation réside d'ailleurs, d'une part, dans l'aspect prééminent du droit commercial, auquel l'organisme de régulation se réfère, et, d'autre part, dans le pouvoir de décision qui incombe aux entités régulatrices⁹⁵ dont les commissions de contrôle sont dépourvues. L'entité régulatrice se positionne dans un environnement libéral et concurrentiel, même si elle exerce des missions de contrôle⁹⁶. L'entité de contrôle est dans la mouvance du droit public, du droit administratif, même si elle s'intéresse parfois à des actes de commerce⁹⁷.

L'organisme de contrôle envisagé en matière d'écoutes de sécurité est une autorité administrative indépendante. Celle-ci entre dans la sphère du droit public, même si, indirectement, elle prend en compte des éléments de droit privé⁹⁸. Ses acteurs sont parfois des personnes privées⁹⁹ mais surtout des personnes publiques.

Sa finalité n'a en effet rien de commercial. Le marché ne se désintéresse pas de ses activités mais son objectif relève du droit public : établir une évolution juridique dans le domaine des interceptions de sécurité et procéder à un contrôle de l'application de la loi de 1991 et des textes réglementaires subséquents. Cette finalité de l'organisme de contrôle génère des controverses. Elle est un enjeu pour la crédibilité de la loi auprès de la société civile.

§ I - LA NATURE ET LA COMPOSITION DE CET ORGANISME DE CONTRÔLE

I - DES PROPOSITIONS DÉJÀ ÉLABORÉES

Jacques Toubon avait élaboré un projet de constitution d'une Haute Autorité ; d'autres idées se font jour. Elles font l'objet d'ardentes discussions.

95. Le Conseil de la concurrence et l'ART prennent des décisions susceptibles d'appel devant la Cour d'appel de Paris.

96. Le Conseil de la concurrence diligente des enquêtes ; l'ART exerce un contrôle technique et administratif sur la bonne application des cahiers des charges par les opérateurs possesseurs d'autorisations ou de licences. Cf. article L 36.10 de la loi n° 96.659 du 29 juillet 1996.

97. La COB, notamment, s'occupe d'actes de commerce.

98. La sphère privée : cf. article 8 du code civil.

99. Le Premier ministre, les ministres de la Défense, de l'Intérieur, en charge des douanes, des télécommunications.

A - La proposition de loi de Jacques Toubon et le concept de Haute Autorité

1. Une Haute Autorité chargée de la protection de la vie privée¹⁰⁰

Sa finalité était d'empêcher, au nom de l'intérêt public, toute intrusion intempestive et non fondée légalement dans la vie privée des personnes physiques. Elle vérifie le respect de l'intégrité des communications privées¹⁰¹ à la demande de toute personne estimant avoir un intérêt pour agir. Elle peut recueillir toutes les informations, provoquer toutes les auditions qu'elle estime opportunes pour l'accomplissement de sa mission¹⁰². Comme les écoutes sont une exception par référence au principe de protection de la vie privée, la Haute Autorité procède à un examen des interceptions, qui sont effectives sur une base légale.

2. Composition et principe de double légitimité

Sa composition prend surtout en compte le principe de la double légitimité : élection et compétence.

Elle est composée¹⁰³ de neuf membres nommés pour trois ans ou pour la durée de leur mandat :

- Deux députés et deux sénateurs élus respectivement par l'Assemblée nationale et par le Sénat, à la proportionnelle des groupes.
- Un membre ou un ancien membre du Conseil d'État, de grade au moins égal à celui de conseiller, élu par l'Assemblée générale du Conseil d'État¹⁰⁴.
- Deux membres ou anciens membres de la Cour de cassation de grade au moins égal à celui de conseiller, élus par l'Assemblée générale de la Cour de cassation¹⁰⁵.
- Deux personnalités désignées en raison de leur compétence dans le domaine des libertés publiques et des télécommunications, et proposées par les autres membres.

Cette Haute Autorité comprend sept personnes dont une majorité de magistrats, supposés présenter des garanties particulières en matière de respect, non seulement de la loi, mais des principes généraux du droit, et des élus qui sont désignés par les partis représentés à l'Assemblée nationale et au Sénat.

Le mode de désignation s'inspire un peu du rapport Schmelck¹⁰⁶, un peu de la CNIL. La Haute Autorité, dans la proposition de Jacques Toubon désigne un

100. Titre premier de la proposition de loi de Jacques Toubon : « De la Haute Autorité chargée de la protection de la vie privée ».

101. Cf. article 6 de la proposition de loi Toubon.

102. Article 7 de la proposition de loi Toubon.

103. Cf. article 3 de la proposition de loi Toubon.

104. Le Conseil d'État : juridiction suprême de l'ordre administratif ; a aussi un rôle de conseil.

105. Sur la Cour de cassation, cf. V. P. HEBRAUD, *La part de la loi et du décret dans la réforme de la Cour de Cassation*, Berger-Leuvrault, 1990.

106. Auquel Jacques Toubon a contribué.

magistrat pour présider à des investigations¹⁰⁷. Elle peut ordonner la cessation immédiate d'une interception illicite et porter les faits à la connaissance du procureur de la République¹⁰⁸.

D'autres idées sont développées. Certains parlementaires souhaitent une composition relativement large. C'est l'opinion de Jean-Jacques Hyst¹⁰⁹, c'est celle de François d'Aubert¹¹⁰, de Jacques Toubon¹¹¹. Georges Hage¹¹² demande que les membres de la commission de contrôle ne soient pas désignés par le président de la République, mais par les responsables des assemblées parlementaires, que la volonté d'indépendance se manifeste plus clairement.

Quant à la présence de magistrats¹¹³, elle apparaît comme une caution de sérieux et d'intégrité : les magistrats sont indépendants.

B - De nouvelles propositions

Jacques Toubon, fort de son expérience, va présenter de nouvelles propositions : un membre serait désigné par le président de la République. La commission comprendrait également un député, un sénateur et deux magistrats, un magistrat du Conseil d'État (pour la juridiction administrative), un magistrat de la Cour de cassation (pour la juridiction judiciaire). Les magistrats sont introduits dans le cénacle. Le Conseil d'État, dans un avis¹¹⁴, a certes indiqué que la Constitution n'oblige pas à placer sous le contrôle de l'autorité judiciaire les interceptions de sécurité qui sont des mesures de police administrative ne portant pas atteinte à la liberté individuelle. Le Conseil d'État n'interdit pas la représentation des magistrats dans la commission. Selon Jacques Toubon, ce nouveau dosage assure la diversité des origines, l'indépendance et l'efficacité de la commission.

Les cinq personnalités éliraient un président qui ne serait pas un parlementaire. Jacques Toubon considère qu'il ne peut y avoir cumul entre une fonction élective et la présidence d'un organisme de contrôle administratif, indépendant. Ce président jouerait un rôle de filtre¹¹⁵, examinerait les dossiers et présenterait les dossiers les plus litigieux à l'appréciation de la commission.

107. Article 7 alinéa 2 de la proposition de loi de Jacques Toubon.

108. *Idem*.

109. *JOAN*, 1^{re} séance du 13 juin 1991, p. 3129, 3130.

110. *Ibid.*, p. 3131, 3132.

111. *Ibid.*, p. 3127.

112. *Idem*.

113. Jean-Jacques Hyst : « En cas de difficultés, la commission devrait pouvoir saisir le procureur de la République lorsqu'il s'agit non pas seulement d'infractions pénales, mais aussi d'écoutes illégales qui, en tout état de cause, sont constitutives d'infractions pénales. Si elles ont été autorisées, il faut non seulement les faire cesser, mais aussi sanctionner les responsables. Une simple recommandation n'aura guère d'efficacité. », *JOAN*, 1^{re} séance du 13 juin 1991, p. 3130.

114. Avis du Conseil d'État concernant l'article 66 de la Constitution en matière de représentation de l'autorité judiciaire au sein de l'organisme de contrôle.

115. Jacques Toubon : « Il y a en gros 3 200 écoutes par an et la future commission ne doit pas être obligée de siéger tous les jours pour étudier les dossiers. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991.

La plupart des juristes, quand il s'est agi de créer un organisme de contrôle, se sont penchés sur la CNIL. Cette commission de contrôle paraît relativement démocratique et indépendante. La légitimité de l'élection et de la compétence alliée à la sagesse des magistrats est saluée. La CNIL a réalisé un assez bon travail, dans un contexte difficile, où les libertés individuelles sont souvent menacées¹¹⁶.

Néanmoins, la CNIL ne pouvait servir de référentiel, de modèle idéalisé. Son champ d'intervention est beaucoup plus vaste que celui de l'organisme chargé de contrôler la légalité des écoutes de sécurité. Le nombre d'affaires envisagées est potentiellement plus élevé que celui qui intéressera la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. Il en résulte que la composition de cet organisme sera plus réduite. De plus, la confidentialité des dossiers sera plus facile à observer par un petit nombre de personnes physiques. Il n'en demeure pas moins que l'entité de contrôle peut désigner cinq ou six membres utilement. Il convient aussi d'éviter des accointances avec l'exécutif et le législatif, et de prévoir un régime d'incompatibilité.

Autrement, il est à craindre que l'organisme de contrôle ne soit pas apte à fonctionner normalement. En ce cas, le législateur serait discrédité¹¹⁷ et la France pourrait être condamnée par la CEDH sur la base de la requête individuelle. La loi n'aurait pas atteint son but : combler le vide juridique et créer un véritable statut des interceptions de sécurité.

II - COMPOSITION, MODES DE DÉSIGNATION ET FONCTIONS DE LA CNCIS

De la commission dépend la crédibilité du travail de légalisation des interceptions de sécurité. Jacques Toubon le réaffirme¹¹⁸. Le texte présenté – article 13 de la loi¹¹⁹ –

116. Lire les rapports annuels de la CNIL, toujours très instructifs.

117. Ce qui serait dommageable pour l'exécutif, le législatif et la classe politique dans son ensemble.

118. Jacques Toubon : « Les Français étant par nature d'un scepticisme total sur toutes ces questions, nous devons éviter de leur donner des raisons de l'être. Ils doivent, au contraire, être convaincus que nous faisons tout pour que progresse l'état de droit. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3157, 2^e colonne.

119. Article 13 (projet d'article 4) : « Il est institué une commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. Cette commission est une autorité administrative indépendante. Elle est chargée de veiller au respect des dispositions du présent titre. La commission est présidée par une personnalité désignée, en raison de son autorité et de sa compétence, pour une durée de six ans, par le président de la République. Elle comprend en outre :

- un député désigné pour la durée de la législature par le président de l'Assemblée nationale,
- un sénateur désigné après chaque renouvellement partiel du Sénat par le président.

La qualité de membre de la commission est incompatible avec celle de membre du gouvernement. Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions de membre de la commission qu'en cas d'empêchement consenti par celle-ci. Le mandat des membres de la commission n'est pas renouvelable. Il n'est pas interrompu par les règles concernant la limite d'âge éventuellement applicable. En cas de remplacement d'un membre de la commission, le mandat de son remplaçant s'achève à la date à laquelle aurait expiré le mandat du membre qu'il remplace. Les membres de la commission sont soumis au respect des secrets protégés par les articles du code pénal pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions. »

devant l'Assemblée nationale ne convainc pas immédiatement mais le gouvernement est certain que le compromis fait progresser l'état de droit.

A - Le statut de la CNCIS et de son président

1. La CNCIS : une autorité administrative indépendante

Les autorités administratives indépendantes sont une innovation juridique récente dont la finalité est de parvenir à un rapprochement entre l'exécutif et les citoyens, à un contrôle (CADA), à une régulation (ART). C'est la loi de 1978 sur l'informatique et les libertés qui entérine l'expression « autorité administrative indépendante » pour évoquer la commission nationale informatique et libertés (CNIL). La CNIL a longtemps bénéficié d'un prestige considérable dans le paysage juridique français, même si les autorités administratives indépendantes ne sont ni des juridictions, ni des démembrements du pouvoir, ni des commissions de sages. La CNCIS sera plus modeste que la CNIL. Le législateur est très circonspect.

2. Un président prépondérant

Cet interlocuteur privilégié rappelle le droit au chef du gouvernement. Il est choisi sur la base de l'autorité¹²⁰ et de la compétence¹²¹. Il est désigné par le président de la République qui agit alors comme gardien de la constitution et des libertés individuelles, se situant de par ses fonctions au-dessus des partis¹²² et n'étant pas partie prenante dans les écoutes de sécurité. En théorie, le président de la commission ne peut qu'être un personnage fort, capable de s'imposer à ses collègues et surtout de faire progresser une méthodologie de réflexion, voire de conception, dans le domaine des écoutes de sécurité. L'article 13 est-il le garant de choix uniformément heureux ? Pas forcément. Car la finalité de la commission est assez floue dans ses objectifs et occulte à ce stade ses moyens.

Par ailleurs, un président autoritaire et compétent est-il toujours en mesure de faire respecter l'état de droit ? Tout dépend du rapport de forces en mouvance et de la tradition. Le président exerce une influence, non un pouvoir sur le Premier ministre. Tout est question de tact, de réalisme, de diplomatie. La CNCIS a été présidée lors de sa création par un homme qui a connu quelque réussite et a suggéré avec succès des inflexions qui ont été acceptées. Il est à présent difficile de revenir sur ces acquis qui pourraient néanmoins se trouver amoindries si des aléas venaient en modifier l'équilibre. Le premier président avait le profil requis en matière d'autorité et de compétence. Paul Bouchet était un juriste émérite, qui avait

120. Autorité : reconnaissance par les pairs.

121. Compétence : diplômes et expériences professionnelles. La compétence est presque toujours exigée des présidents des organismes de contrôle.

122. Le président de la République, parce qu'il est élu au suffrage universel, ne représente plus son parti d'origine, mais l'ensemble des Français.

exercé les fonctions de bâtonnier à Lyon¹²³ et qui avait été conseiller d'État honoraire. Il avait accompli des missions d'autorité dans un domaine qui s'avéra utile comme président de la CNCIS : il fut, avant 1991, président de la Commission consultative des droits de l'homme. Par son action, il donna une interprétation du rôle du président. À partir de la loi et des décrets d'application, il a avancé à petits pas, observant avec minutie les avantages et les inconvénients de chaque mot dans son expérimentation pragmatique. Il a émis des propositions argumentées qui ont souvent été suivies d'effet. Ses relations avec les acteurs qui participent à l'évolution de la CNCIS furent soignées. Ses relations avec les différents premiers ministres, ministres de l'Intérieur, ministres de la Défense, ministres en charge des douanes qui se succédèrent sous son mandat furent courtoises. Ses rapports avec les présidents du Sénat et le président de l'Assemblée nationale furent privilégiés.

Paul Bouchet souhaitait donner à la CNCIS une crédibilité. Le scepticisme de l'opinion publique devait être réduit par un travail rigoureux et une intelligente, quoique modeste, politique de communication.

L'exploitation de faits divers scandaleux, récurrents, n'est pas un facteur favorable. Les écoutes administratives des années 1980 donnèrent lieu à des révélations qui rejaillirent sur la classe politique. La CNCIS ne pouvait être tenue ni comme coupable ni comme responsable des égarements du passé. Elle pouvait néanmoins en souffrir par ricochet.

Pour pallier ces inconvénients, Paul Bouchet s'adressa assez souvent à la presse, soit « à chaud », soit « à froid », à l'occasion d'affaires exploitées sans grand souci du contexte légal actuel. Soignant sa présentation, apparemment ouvert, Paul Bouchet sut lutter contre les excès de la liberté d'expression, tout en ménageant les journalistes. Grâce à ce héraut convaincant et convaincu¹²⁴, la petite CNCIS gagna en notoriété et en crédibilité. Le sixième rapport d'activité 1997 a résumé dans son avant-propos cette activité initiatrice¹²⁵.

Le successeur de Paul Bouchet, Dieudonné Mandelkern¹²⁶, est également un juriste chevronné : il était président de section¹²⁷ au Conseil d'État. Il souhaite approfondir, compléter le travail réalisé précédemment.

Cela signifie-t-il que l'établissement d'une liste par le responsable du Conseil d'État¹²⁸, le vice-président du Conseil d'État et le Premier président de la Cour de cassation est une garantie de bonne nomination ? Les personnes en charge des deux

123. Paul Bouchet fut d'abord avocat.

124. Les journalistes du *Monde*, du *Figaro*, de *Libération* et d'autres organismes de presse relayèrent ses propos.

125. Paul Bouchet a organisé la commission et établi ses méthodes de travail ; il l'a fait connaître des spécialistes et du public. Efficacement soutenu par ses assesseurs parlementaires, il a fait accepter et respecter la commission par les services qui exécutent ou qui utilisent les interceptions. Le gouvernement lui-même a reconnu, et a en même temps accru, l'autorité de la commission en lui confiant des missions spécifiques « allant parfois au-delà des prévisions de la loi », *VF Rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française. Avant-propos, p. 5.

126. Est nommé par décret du président de la République le 13 septembre 1997, entre en fonction le 1^{er} octobre 1997.

127. Les présidents de section du Conseil d'État sont les présidents des sections du contentieux, des finances, de l'intérieur, des travaux publics.

128. Le Président du Conseil d'État est le garde des Sceaux. Le véritable responsable du Conseil d'État est le vice-président du Conseil d'État.

juridictions françaises, juridiction administrative, juridiction judiciaire, ne peuvent que choisir un juriste reconnu par ses pairs, ayant une bonne réputation, et susceptible de ne pas déplaire au président de la République (quel qu'il soit). N'y a-t-il pas risque d'autocensure ? Le Premier président de la Cour de cassation et le vice-président du Conseil d'État font partie des corps constitués. Ils souhaitent ne pas s'attirer l'ire silencieuse du chef de l'État. L'audace leur est quasi interdite ; l'absence d'audace ne signifie pas que les deux représentants des juridictions opteront pour un président falot. S'ils le faisaient, ils se déconsidéreraient eux-mêmes. Le président de la République n'est pas toujours le prince de Machiavel. Il convient de composer avec lui, mais non de plier devant lui. L'autocensure semble inévitable, mais est relativement limitée. Le président de la CNCIS sera inévitablement compétent dans le domaine juridique, doté d'une vaste expérience¹²⁹, apte à communiquer avec les premiers personnages de l'État.

B - Le mode de désignation des membres de la CNCIS

Le mode de désignation des autres membres de la commission pose davantage problème. Le député et le sénateur sont désignés par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. Ils ne sont pas choisis par l'Assemblée nationale et le Sénat. Les partis sont écartés du processus¹³⁰. Le législateur voulait ainsi éviter tout risque de démagogie, mais il prive, au moins symboliquement, ces membres d'une légitimité électorale¹³¹ alors que cette démarche avait été adoptée, sans dommages, par la CNIL. Le domaine des écoutes de sécurité semble au législateur plus sensible que celui des fichiers automatisés.

Nommés par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat qui, eux-mêmes, sont élus à leur poste dans le cadre d'une relative concorde avec le chef du gouvernement¹³², ne risquent-ils pas d'être la voix du Premier ministre, de ne pas exercer de vision critique à l'égard des décisions prises par le chef du gouvernement ? Ce danger de dépendance a été mentionné à l'occasion de la désignation des membres du CSA. Certains juristes répondent que « la fonction fait l'homme ». Le cordon ombilical serait rompu dès la nomination. Le membre de la CNCIS s'applique à mériter la confiance de l'organisme de contrôle¹³³. De plus, il est irrévocable, et son mandat n'est pas renouvelable. D'éventuelles pressions seraient sans effet. L'irrévocabilité et la non-renouvelabilité du mandat sont les contreparties de la désignation par les présidents de l'Assemblée nationale et du

129. La reconnaissance par les pairs, au Conseil d'État et à la Cour de cassation, implique l'expérience juridique.

130. « Les partis et les groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. » Article 4 de la constitution de 1958.

131. Le même raisonnement s'applique à tous les membres de la CNCIS. Les hommes (ou les femmes) figurant sur la liste à partir de laquelle le président de la République choisit le président auraient pu être élus par leurs pairs.

132. Le président de l'Assemblée nationale appartient à la même majorité gouvernementale que le Premier ministre.

133. Sur le statut de membre du CSA, voir les articles 1^{er} et 4 de la loi du 30 septembre 1986.

Sénat. Il est peu probable que l'exécutif provoque la démission d'un membre de la CNCIS devenu indésirable. C'est la CNCIS elle-même qui constaterait un éventuel empêchement. L'organisme, dans sa dimension collective, paraît à l'abri de toute dérive.

En revanche, le régime des incompatibilités est quelque peu limité puisqu'il se contente d'interdire le cumul d'un mandat avec le poste de membre du gouvernement. Il n'est pas prévu que les membres de la CNCIS ne doivent posséder aucun intérêt¹³⁴ dans le matériel des interceptions de sécurité. Or, ce genre de dispositions est souvent inclus dans le statut des membres des organismes de contrôle et de régulation. Il est vrai qu'en 1991, la question des matériels paraissait relativement secondaire, surtout par comparaison avec le contrôle de la légalité des motifs. Enfin, la CNCIS n'est pas une entité régulatrice¹³⁵.

1. Les débats

Jacques Toubon présente un amendement¹³⁶ qui remodèle la composition de la CNCIS. Cette dernière comprendrait les trois membres envisagés par le gouvernement et deux magistrats, élus par l'Assemblée générale du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Le président serait choisi parmi les non-parlementaires. Dans cette modélisation, il n'y a pas de corrélation entre le mode de désignation des parlementaires et le mode de désignation des magistrats. François Massot¹³⁷ plaide dans ce sens mais ne convainc pas Jacques Toubon. Ce dernier rappelle que, dans les organismes de contrôle, la désignation repose souvent sur le mode électoral tant pour les parlementaires que pour les magistrats. Parce qu'il n'est prévu qu'un seul député, un seul sénateur, la désignation est politique. L'attelage comprend alors des politiques et des juristes.

134. Incompatibilité avec des intérêts directs ou indirects (actions, obligations).

135. L'ART stipule, par exemple, que ses membres ne disposent d'aucun intérêt dans le domaine de l'informatique, des télécommunications, de l'audiovisuel. L'ART obéit à une logique administrative, mais aussi à une logique commerciale.

136. Amendement n° 47 présenté par Jacques Toubon : « Il est constitué une commission de contrôle des interceptions de sécurité publique. Cette commission est une autorité administrative indépendante. Elle est chargée de veiller au respect des dispositions du présent titre. Elle est composée de cinq membres nommés pour trois ans ou pour la durée de leur mandat :

– une personnalité désignée, en raison de son autorité et de sa compétence, par le président de la République,

– un député désigné par le président de l'Assemblée nationale,

– un sénateur désigné par le président du Sénat,

– un membre ou un ancien membre du Conseil d'État, de grade au moins égal à celui de conseiller, élu par l'Assemblée générale du Conseil d'État,

– un membre ou ancien membre de la Cour de cassation, de grade au moins égal à celui de conseiller, élu par l'Assemblée générale de la Cour de cassation.

La Commission élit en son sein, parmi ses membres non parlementaires, pour trois ans, un président. *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3158, 2^e colonne.

137. François Massot « Un système identique serait préférable : ces deux conseillers devraient chacun être désignés par le président de leurs assemblées », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3158, 2^e colonne.

La commission des lois, *a priori*, n'est pas totalement convaincue par le mode de désignation politique. Le garde des Sceaux concède que des magistrats pourraient être introduits dans la commission de contrôle, à condition qu'ils soient désignés par les autorités responsables du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Dans ces conditions, le président pourrait être choisi parmi les non-parlementaires¹³⁸. Référence est faite à la commission chargée de contrôler les comptes des partis politiques et des campagnes électorales¹³⁹. Cette allusion fait réagir plusieurs parlementaires qui préfèrent nettement le modèle de la CNIL, favorable au principe électif.

Un amendement de François d'Aubert et de Paul-Louis Tenaillon tend à favoriser le principe électif, au bénéfice de magistrats¹⁴⁰. Un amendement de J.-J. Hyst introduit des magistrats, mais sans référence à la désignation élective, qui se heurte à l'hostilité du gouvernement¹⁴¹.

L'amendement n° 77 est adopté. Le président est élu pour six ans. François Massot propose un amendement rédactionnel¹⁴². Parce que le mandat des membres de la commission n'est pas renouvelable, il faut envisager le cas où un membre de la commission serait désigné pour remplacer une personnalité ayant cessé ses fonctions avant le terme. L'amendement est adopté.

Après le vote à l'Assemblée nationale, la nouvelle commission est très différente de celle qui avait été conçue par le gouvernement. Un examen en commission des lois, un vote du Sénat, permettent de revenir aux sources, avec quelques aménagements.

138. Henri Nallet : « Cette notification de la composition de la commission de contrôle rendrait dès lors possible, ce qui est souhaitable, que le président de la commission de contrôle soit désigné par les commissions non-parlementaires. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3159, 1^{re} colonne.

139. *Idem* : « Je pense notamment à la commission chargée, aux termes de la loi de 1990, de contrôler les comptes des partis politiques et des campagnes électorales, et dont les deux membres issus de la Cour de cassation et du conseil d'État sont désignés par leurs présidents. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3159, 1^{re} colonne.

140. L'amendement n° 68, présenté par François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon, est ainsi rédigé : « Après le 5^e alinéa de l'article 14, insérer les alinéas suivants : "Un conseiller d'État élu par l'assemblée générale du Conseil d'État pour une durée de six ans ; deux conseillers de la Cour de cassation élus par l'assemblée générale de la Cour de cassation pour une durée de six ans". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3159, 2^e colonne.

141. L'amendement n° 77, présenté par M. Hyst et les membres du groupe de l'Union du centre, est ainsi rédigé : « Après le cinquième alinéa de l'article 14, insérer les alinéas suivants : "Un conseiller d'État élu par l'assemblée générale du Conseil d'État pour une durée de six ans ; deux conseillers de la Cour de cassation élus par l'Assemblée générale de la Cour de cassation pour une durée de six ans". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3159, 2^e colonne.

142. Un amendement de François Massot n° 14, ainsi rédigé : « Les membres de la commission désignés en remplacement de ceux dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent. À l'expiration de ce mandat, par dérogation au huitième alinéa ci-dessus, ils peuvent être nommés comme membres de la commission s'ils ont occupé ces fonctions de remplacement pendant moins de deux ans. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3160, 2^e colonne.

2. Le texte final

La commission des lois renvoie dos à dos le dispositif gouvernemental et le dispositif de l'Assemblée nationale. L'augmentation du nombre des membres de la commission est inadaptée aux finalités. Le principe électif induit un dysfonctionnement : le président serait élu par cinq personnalités, dont deux (dans le système de l'Assemblée nationale) seraient inéligibles¹⁴³. La commission des lois propose que le nombre des membres de la commission soit réduit à trois et que le président soit une personnalité désignée par le premier président de la Cour de cassation et le vice-président du Conseil d'État.

Michel Dreyfus-Schmidt, au nom du parti socialiste, élabore une contre-proposition¹⁴⁴ : le président serait un magistrat, qui travaillerait à plein temps, il serait un filtre institutionnel et serait désigné par le président de la République. La magistrature serait donc représentée par le premier personnage de la CNCIS. Le député et le sénateur seraient nommés par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, avec un équilibre entre les majorités et les oppositions. D'après Michel Dreyfus-Schmidt, le Conseil constitutionnel n'a rempli pleinement sa mission qu'à partir du moment où ses membres n'appartenaient pas à la même famille politique¹⁴⁵. Il ne s'agit pas de renouveler cette erreur.

La commission des lois souligne qu'un président désigné par le président de la République ne pourrait être considéré comme indépendant¹⁴⁶. Le Sénat n'est pas convaincu. De même, il semble impensable de donner des directives au président de l'Assemblée nationale quant aux nominations.

La commission mixte paritaire se réunit. Un compromis est trouvé sur la présidence. La commission est présidée par une personnalité désignée, pour une durée de six ans, par le président de la République sur une liste de quatre noms établie conjointement par le vice-président du conseil d'État et le premier président de la Cour de cassation¹⁴⁷. Une décision est prise¹⁴⁸ pour qu'un équilibre soit instauré

143. Les parlementaires, les membres du Sénat et de la Chambre des députés (article 14 de la Constitution de 1968).

144. L'amendement n° 41, présenté par Michel Dreyfus-Schmidt, les membres du groupe socialiste et apparentés, est ainsi rédigé : « La commission est présidée par un membre ou un ancien membre de la Cour de cassation ou du Conseil d'État de grade au moins égal à celui de conseiller désigné par le président de la République pour une durée de six ans. Elle comprend, en outre, un député et un sénateur désignés par les présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale en tenant compte de l'équilibre entre les assemblées et de la diversité de leur composition. Le député est désigné pour la durée de la législature, le sénateur après chaque renouvellement partiel du Sénat. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2086, 1^{re} colonne.

145. Michel Dreyfus-Schmidt : « Le Conseil constitutionnel n'a pas rempli le rôle que l'on attendait de lui tant que ceux qui désignaient les hommes appelés à y siéger furent de la même couleur politique : il y avait une trop grande homogénéité. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2085, 2^e colonne.

146. Marcel Rudloff : « À l'heure actuelle, et sans doute pour de longues années encore, une personnalité désignée par le président de la République sera à jamais considérée par l'opinion publique et par les usagers du droit comme insuffisamment indépendante. Il faut regarder les choses en face. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2086, 1^{re} colonne.

147. Article 13 définitif de la loi du 10 juillet 1991.

148. Mais elle n'apparaît pas explicitement dans la loi.

entre la représentation sénatoriale et la représentation de l'Assemblée nationale. Si le député nommé par le président de l'Assemblée nationale appartient à l'UDF ou au RPR, le sénateur sera socialiste ou apparenté et inversement.

Le législateur s'est refusé à institutionnaliser le rôle de l'opposition, dont les méandres, les contours, les stratégies, sont très différents de ce qui existe en Allemagne ou en Grande-Bretagne, où la minorité compose un cabinet fantôme. Néanmoins, la cohabitation de ces deux élus¹⁴⁹ est une garantie d'équilibre pour la démocratie. Enfin, le député et le sénateur sont les délégués des autorités constitutionnelles que sont le président du Sénat¹⁵⁰ ou le président de l'Assemblée nationale ; les mandats sont assurés jusqu'au renouvellement effectif. Les collaborateurs des membres de la CNCIS contribuent, eux aussi, à l'image de la CNCIS.

III - DES CONTROVERSES SUR LES FONCTIONS

A - Le commissaire du gouvernement et les rapporteurs

1. La présence d'un commissaire du gouvernement

Cela était prévu dans le projet de loi. Elle ne paraît pas utile à l'Assemblée nationale¹⁵¹. Dans une commission indépendante, un commissaire du gouvernement, même s'il ne siège pas au moment des délibérations, risquerait d'être mal perçu.

Le garde des Sceaux fait valoir que ce commissaire n'interviendra pas dans le fonctionnement de la commission, mais facilitera son travail¹⁵². Devant le Sénat, l'amendement Jacques Thyraud¹⁵³ tente de rétablir l'institution du commissaire du gouvernement. Le rôle de commissaire sera conforme à celui qui s'exerce au sein

149. Quand le président Jacques Chirac décida de dissoudre l'Assemblée nationale en 1997, le député désigné et délégué par le président de l'Assemblée nationale continua à assumer ses fonctions jusqu'à l'élection d'un nouveau président de l'Assemblée nationale et la désignation d'un nouveau membre dans la CNCIS.

150. Habilité à assurer l'intérim du chef de l'État en cas de décès.

151. Un amendement n° 15, présenté par François Massot, est ainsi rédigé : « Supprimer le dernier alinéa. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, 2^e colonne.

152. Henri Nallet : « Le commissaire du gouvernement ne délibère pas, il est là pour faciliter le travail de la commission, pour servir de lien, pour lui donner des informations. Afin d'offrir des garanties supplémentaires aux citoyens, la commission aura intérêt à avoir affaire à un commissaire du gouvernement, qu'elle pourra interroger. Celui-ci, spécialisé, assurera la transparence et permettra à la commission d'entretenir, sur le plan de l'information, de meilleures relations avec l'autorité publique qui décide des interceptions. Sans vouloir être paradoxal, je dirai qu'il serait très utile, pour que soient mieux défendus, mieux protégés les citoyens, qu'un commissaire du gouvernement siège auprès de la commission. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3160, 2^e colonne.

153. L'amendement n° 28 présenté par M. Thyraud est ainsi rédigé : « Un commissaire du gouvernement désigné par le Premier ministre siège auprès de la commission. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2084, 2^e colonne.

de la CNIL, sans aucun danger pour cet organisme de contrôle. À la CNIL, le commissaire présente les dossiers, est un interlocuteur officiel, mais n'a pas de voix délibérative. Certes, la CNIL comprend beaucoup plus de membres que la CNCIS : l'activité du commissaire du gouvernement n'en sera que plus précieuse à la CNCIS. L'amendement n'en est pas moins repoussé. Il n'y aura pas de commissaire de gouvernement à la CNCIS.

2. Les rapporteurs

Un amendement présenté devant l'Assemblée nationale¹⁵⁴ propose l'institution de rapporteurs qui seraient désignés parmi des membres des grands corps et qui faciliteraient les travaux des membres de la CNCIS. Le législateur ne tient pas à alourdir, même indirectement, le texte des lois. La présence de rapporteurs est perçue comme superfétatoire.

3. Le règlement intérieur

À l'Assemblée nationale, François Massot propose l'établissement d'un règlement intérieur¹⁵⁵. Cette amélioration rédactionnelle est acceptée, votée, dans les mêmes termes par l'Assemblée nationale et le Sénat. Le règlement intérieur est adopté en 1998.

Devant le Sénat, M. Le Breton et les membres du groupe de l'Union centriste proposent d'insérer l'alinéa ainsi formulé¹⁵⁶ : « Des agents de la commission sont nommés par le président. » Cet alinéa, s'il provient du Sénat, va dans le même sens que l'Assemblée nationale : la commission, autorité indépendante, doit pouvoir, sous la responsabilité de son président, disposer de son personnel. Il s'agit d'une amélioration rédactionnelle. L'amendement est voté sans difficulté. La seule réserve est émise par Henri Nallet, alors garde des Sceaux : elle concerne la provenance de ces agents¹⁵⁷. Cette remarque peut renvoyer à un acte réglementaire. La composition finale est donc assez proche de la composition initiale. La fluctuation, les navettes, ont pourtant permis de clarifier certains choix et d'affiner certains alinéas. Les membres de la CNCIS, autres que le président, sont désignés selon le principe de parité UDF/RPR/PS explicité plus-haut¹⁵⁸.

154. L'amendement n° 69 présenté par François d'Aubert et Paul-Louis Tenaillon est ainsi rédigé : « La commission peut se faire assister par des rapporteurs désignés par son président parmi les membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de l'Inspection générale des finances. Les rapporteurs sont astreints au respect du secret dans les mêmes conditions que les membres de la commission. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3161, 1^{re} colonne.

155. Amendement n° 16, présenté par François Massot : « La commission établit son règlement intérieur. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3161, 1^{re} colonne.

156. L'amendement n° 44 rectifié, présenté par M. Le Breton et les membres de l'Union centriste, est ainsi rédigé : « Les agents de la commission sont nommés par le président. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2089, 2^e colonne.

157. Henri Nallet, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2091, 1^{re} colonne.

158. Vœu unanime de la commission mixte paritaire repris par le ministre délégué à la justice lors de l'adoption par le Sénat des conclusions de cette commission.

B - Les divers protagonistes

Les deux premiers membres furent les rapporteurs de la loi de 1991, François Massot, député des Alpes-de-Haute-Provence, avocat au barreau de Paris, Marcel Rudloff (UDF-UC), sénateur du Bas-Rhin, ancien bâtonnier du barreau de Strasbourg¹⁵⁹. Ces hommes souhaitaient, au même titre que Paul Bouchet, que la CNCIS fût une autorité prise en considération, respectée. Marcel Rudloff ayant été nommé au Conseil constitutionnel, il fut remplacé par Jacques Thyraud, avocat au barreau de Romorentin, sénateur du Loir-et-Cher, premier vice-président de la CNCIS. Jacques Thyraud fut très actif lors de la discussion de la loi.

Ces personnalités étaient à même de se dévouer pour la CNCIS. Elles tenaient toutes à ce que l'organisme de contrôle fût dynamique, efficace, maintînt un équilibre entre ordre public et libertés individuelles. Quelle que soit l'intégrité d'une personne, cette dernière ne peut travailler avec pertinence si ses fonctions sont mal définies.

§ II - L'ÉTAT DE DROIT, LES FONCTIONS DE LA CNCIS, LA SÉCURITÉ

La commission n'a de justification que si elle exécute correctement son travail de contrôle.

I - LE CONTRÔLE DES AUTORISATIONS DU PREMIER MINISTRE

A - Une délivrance des autorisations en concordance avec les motifs

Ce contrôle des autorisations, même s'il ne se traduit pas par des sanctions, justifie l'existence de la CNCIS : il s'agit de déterminer si la délivrance des autorisations est en concordance avec les motifs.

¹⁵⁹. Les premiers membres sont des juristes : non pas des magistrats, mais des avocats.

Les parlementaires vont contribuer à l'élaboration de l'article consacré au contrôle des autorisations. François Massot¹⁶⁰ et Jacques Toubon¹⁶¹ vont y jouer un rôle éminent. Tous deux définissent les modalités de contrôle des autorisations en se référant à un ancien article 16. Une passe d'armes parlementaires a lieu. François Massot, dans un premier temps, déclare retirer son amendement à condition que Jacques Toubon consente à substituer à « communications » « correspondance par voie de communications », et à supprimer « communications privées » et substituer « illégalité » à « illicéité ».

Devant l'objection du garde des Sceaux, qui souligne que l'amendement de Jacques Toubon est imprécis, François Massot mentionne la possibilité d'une fusion, puis souligne les aspects positifs de son propre texte. Jacques Toubon s'est déclaré, entre temps, hostile à l'expression « problème de légalité » entériné par le Conseil d'État. Jacques Toubon rappelle que l'avis du Conseil d'État ne lie pas le gouvernement. Un trop long délai d'intervention est dangereux¹⁶². L'amendement Massot est adopté. Une lecture du texte permet de remarquer que la loi utilise le mot « peut » (au cas où la commission estime qu'une interception de sécurité a été autorisée en méconnaissance des dispositions du présent titre, elle peut s'adresser au Premier ministre) et non le mot « doit ». Cela signifie-t-il que la commission, qui remplit une mission de contrôle, n'a pas l'obligation de recommander au Premier ministre d'interrompre l'interception ? Jacques Thyraud¹⁶³ souhaite transformer le « peut » en « doit », autrement dit, en jargon juridique¹⁶⁴ : « peut adresser » devient « adresse ».

Jacques Thyraud insiste : il serait anormal qu'après avoir constaté des irrégularités, la commission n'en tire pas la conséquence. Le rapporteur Marcel Rudloff déclare que cette obligation est une charge pour la commission, libre,

160. Un amendement n° 17, présenté par François Massot, est ainsi rédigé : « Insérer l'article suivant : "La décision motivée du Premier ministre mentionnée à l'article 4 est communiquée dans un délai de 48 heures au plus tard au président de la CNCIS. Si celui-ci estime que la légalité de cette décision au regard des dispositions du présent titre n'est pas certaine, il réunit la commission, qui statue dans les sept jours suivant la réception par son président de la communication mentionnée au premier alinéa. Au cas où la commission estime qu'une interception de sécurité a été autorisée en méconnaissance des dispositions du présent titre, elle peut adresser au Premier ministre une recommandation tendant à ce que cette interception soit interrompue. Il est alors procédé ainsi qu'il est indiqué aux deuxième et troisième alinéas de l'article 16". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3161, 2^e colonne.

161. Un amendement n° 48 présenté par Jacques Toubon est ainsi rédigé : « Toute personne peut demander à la commission la vérification du respect de l'intégrité de ses communications privées. Le Premier ministre communique sans délai au président de la commission les décisions contenant les autorisations. Si le président de la commission en décide ainsi, la commission se réunit pour statuer sur la légalité de l'interception. Si la commission estime que l'interception est illégale, elle adresse au Premier ministre une recommandation tendant à ce que l'interception soit interrompue et porte les faits à la connaissance du procureur de la République. La commission statue dans les 24 heures qui suivent la communication prévue au deuxième alinéa du présent article. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3101, 2^e colonne.

162. Jacques Toubon : « Si une personne est mise pendant quatre ou cinq jours sur écoute et que l'on s'aperçoit ensuite qu'il ne fallait pas le faire, que se passera-t-il ? », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

163. Amendement de Jacques Thyraud n° 29, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, 1^{re} colonne.

164. Le présent a une valeur impérative.

responsable, et, en tant que telle, habilitée à décider si elle attire ou non l'attention du Premier ministre. L'amendement est finalement voté.

L'ancien article 16 est supprimé. L'alinéa suivant est proposé : « La commission porte également cette recommandation à la connaissance du ministre ayant proposé l'interception et au ministre chargé des télécommunications. »

Le Premier ministre informe sans délai la commission des suites données à la recommandation¹⁶⁵. Certains parlementaires voudraient que la commission eût des prérogatives plus importantes. Les recommandations semblent insuffisantes. Une injonction aurait été efficace mais elle s'avère impossible puisque le gouvernement dispose de l'administration et que la commission, autorité administrative, ne peut ordonner au Premier ministre d'interrompre une interception de sécurité qu'elle considérerait comme illégale (avis du Conseil d'État).

B - Recommandations et contingentement

Les recommandations sont pertinentes : comme le souligne Michel Dreyfus-Schmidt, la commission doit avoir la possibilité d'attirer l'attention du Premier ministre sur les inflexions de sa politique en matière de contingentement¹⁶⁶.

Henri Nallet, garde des Sceaux, réagit assez vivement : la commission peut toujours adresser au Premier ministre des observations et ce sur tous les sujets qu'elle juge utile, y compris le contingentement. Il est donc inutile d'envisager une recommandation. Le terme « recommandation » aurait plus d'impact s'il n'était relatif qu'à la régularité des interceptions¹⁶⁷.

Michel Dreyfus-Schmidt a en tête le scénario suivant : le Premier ministre décide de doubler ou de tripler le contingent. Cette augmentation bouleverse l'économie des interceptions de sécurité. Dans ce cas, la CNCIS doit adresser immédiatement, non pas une observation, mais une recommandation à laquelle le Premier ministre sera tenu de répondre immédiatement. Elle n'attendra pas la remise du rapport.

Le Sénat a su faire preuve d'imagination et anticiper sur des situations imprévisibles qui causeraient des dommages aux libertés individuelles.

165. Amendement n° 58, présenté par le gouvernement devant le Sénat, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2092, 2^e colonne.

166. Un amendement n° 42 rectifié, présenté par Michel Dreyfus-Schmidt et les membres du groupe socialiste et apparentés, est ainsi rédigé : « Entre le premier et le second alinéa du texte proposé par l'amendement n° 8 pour remplacer le dernier alinéa de l'article 14 bis, insérer un alinéa ainsi rédigé : "La commission peut notifier au Premier ministre une recommandation concernant le contingent et sa répartition". » Un amendement n° 43 rectifié, présenté par Michel Dreyfus-Schmidt et les membres du groupe socialiste et apparentés, substitue aux mots « sa recommandation », les mots « ses recommandations », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2092, 2^e colonne ; p. 2093, 1^{re} colonne.

167. Henri Nallet : « Il semble préférable de réserver l'emploi du mot "recommandation" aux observations de la commission qui portent sur la régularité des interceptions. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2093, 1^{re} colonne.

II - LE CONTRÔLE DES INTERCEPTIONS DE SÉCURITÉ, LES RÉCLAMATIONS, LES RAPPORTS DE LA CNCIS

A - Le contrôle des interceptions de sécurité à l'initiative de la CNCIS ou sur réclamation

Le gouvernement présente un article 15¹⁶⁸ et un article 16¹⁶⁹.

1. Les initiatives de la CNCIS

La commission procède au contrôle des écoutes et vérifie s'il y a conformité avec les dispositions précédentes. Un député et un groupe parlementaire demandent l'accès direct aux informations nominatives recueillies par voies d'écoutes téléphoniques. Cette exigence s'inspire de la loi de 1978 « Informatique et libertés », qui protégeait les données nominatives et prévoyait un droit d'accès pour les personnes physiques. Le procédé des interceptions de sécurité est assimilé aux fichiers automatisés. Une différence est cependant notable : le fichier automatisé appartient au droit commun et est utilisé par le droit commercial. L'interception de sécurité, soumise au droit public, défend l'ordre public.

George Hage craint un risque d'arbitraire. Ce point, apparemment secondaire, restera litigieux tout au long des années 1990. Deux logiques, qui se sont conciliées dans la loi de 1991, apparaissent antagonistes : la logique de l'ordre public, sécuritaire¹⁷⁰, et la logique des droits de l'homme¹⁷¹.

À l'Assemblée nationale, l'illustration est claire : elle se réfère à la mafia. Parce que la mafia menace l'ordre public, aucun membre de la mafia ne peut avoir connaissance des écoutes dont il serait l'objet¹⁷². La réponse ne cherche pas

168. Projet d'article 15 : « De sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel, la commission peut procéder au contrôle de toute interception de sécurité en vue de vérifier si elle est effectuée dans le respect des dispositions du présent titre. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

169. Projet d'article 16 : « Si la Commission estime qu'une interception de sécurité est effectuée en violation des dispositions du présent titre, elle adresse au Premier ministre une recommandation tendant à ce que celle-ci soit interrompue. Cette recommandation est notifiée au Premier ministre, au ministre ayant proposé l'interception et au ministre chargé des télécommunications. Le Premier ministre informe la commission des suites données à sa recommandation. », *JOAN*, séance du 13 juin 1991, p. 3163, 2^e colonne.

170. François Massot : « La Commission a estimé que l'amendement était incompatible avec les exigences de la défense nationale et de la sécurité publique. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

171. Jean-Marie Daillet : « À partir du moment où une personne est mise en cause, comment, pour des raisons dites de défense nationale, pourrait-on lui refuser le droit de savoir ce qu'il en a été ? Un tel droit fait partie des droits de l'homme. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

172. Gérard Gaizes : « Je ne peux croire que M. Daillet accepte qu'un responsable de la mafia puisse ainsi demander des explications sur des écoutes dont il aurait fait l'objet sur sa ligne personnelle. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

l'esquive : même un membre de la mafia sera protégé par les droits de l'homme¹⁷³. Il n'existe pas de citoyen rejeté hors des libertés individuelles, constitutives du régime démocratique. Pour la majorité de l'Assemblée nationale, un tel raisonnement met en cause l'interception de sécurité elle-même. L'amendement est rejeté.

D'autres discussions portent sur des points qui relèvent, non pas de l'idéologie, mais de l'élargissement du contrôle. La commission des lois désire étendre la portée du contrôle afin de ne pas entraver la vérification des interceptions de sécurité décidées par le Premier ministre¹⁷⁴. Le gouvernement n'est pas opposé à cette initiative, mais rappelle qu'il ne faut pas aller au-delà du contrôle de légalité envisagé dans le texte du projet de loi¹⁷⁵. Les amendements sont adoptés, mais le texte définitif reprendra le texte initial. Ce dernier est en revanche complété par un sous-amendement¹⁷⁶ présenté par le gouvernement et qui est adopté sans difficultés. Il reprend l'ancien article 16. En cas de violation de la loi, la commission demande au Premier ministre de faire interrompre l'interception de sécurité.

2. Le régime particulier des réclamations

Certains particuliers supposent qu'ils subissent une interception de sécurité. Dans l'indécision, ils déposent une réclamation auprès de la CNCIS, pour que cette dernière procède à des vérifications. Les intéressés souhaitent évidemment des retours d'information. Ces derniers ne sont pas prévus. La commission est tenue de procéder à des vérifications, comme elle l'aurait fait si elle s'était autosaisie. Elle notifie aux particuliers que le travail a été effectué¹⁷⁷. Elle ne peut d'ailleurs agir autrement. Une autorité administrative est tenue de répondre au courrier, et notamment à une réclamation.

173. Jean-Marie Daillet : « Même un responsable de la mafia a le droit, comme tout citoyen, de savoir pour quelles raisons il est interrogé. Il ne s'agit pas de défendre ici la mafia ou les criminels. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

174. L'amendement n° 18 présenté par François Massot est ainsi rédigé : « Après les mots : "procéder à", rédiger ainsi la fin de l'article 15 : "Tout contrôle nécessaire à la vérification du respect des dispositions du présent titre". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3163, 1^{re} colonne.

175. Un sous-amendement n° 81 (amendement n° 18) est présenté par le gouvernement : « Dans l'amendement n° 18, substituer aux mots "du respect", les mots "de la légalité d'une décision d'interception et de ses conditions d'exécution au retard". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3163, 1^{re} colonne. Henri Nallet : « Par sous-amendement, le gouvernement précise que le contrôle effectué dans le cadre de l'article 15 est bien un contrôle de légalité, et qu'il s'étend bien évidemment tant à la décision d'interception qu'à ses conditions d'exécution, ainsi que je l'ai indiqué dans mon intervention générale. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3163, 1^{re} colonne.

176. Un sous-amendement n° 59 rédigé par le gouvernement, tendant à compléter le texte proposé par l'amendement n° 13 est ainsi rédigé : « Si la commission estime qu'une interception de sécurité est effectuée en violation des dispositions du présent titre, elle adresse au Premier ministre une recommandation tendant à ce que celle-ci soit interrompue. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2093, 2^e colonne.

177. Article 17. « Lorsque la commission a exercé son contrôle à la suite d'une réclamation, il est notifié à l'auteur de la réclamation qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3163, 2^e colonne.

Cela ne signifie pas que le particulier sera satisfait. Une personne physique, même si elle connaît le droit et la loi, saisit un organisme de contrôle avec l'espoir que sa démarche lui permettra de déterminer si l'écoute supposée a eu effectivement lieu¹⁷⁸. L'ignorance induit une frustration.

Le législateur, quant à lui, n'est pas préoccupé par des fantasmes. Il doit être le plus précis possible. La CNCIS, si elle constate une infraction, saisira le procureur de la République¹⁷⁹. Cela est conforme au droit commun et n'exige peut-être pas un rappel¹⁸⁰. Toutes les autorités publiques saisissent sans délai le procureur de la République, lorsqu'elles constatent une infraction : cela correspond au code de procédure pénale¹⁸¹. Un ajout peut paraître inutile. Au demeurant, la question s'est déjà posée de savoir si un alinéa de référence au droit commun devait être conservé : à l'occasion des articles 2 et 12, la commission des lois a proposé le retrait d'un texte proposé par le gouvernement. Ce dernier a suivi les recommandations de la commission des lois. Dans le cas présent, le contexte n'est pas le même. Il s'agit, comme dans les cas précédents, d'un rappel. Cet amendement valorise les libertés individuelles. Parce que la CNCIS est un organisme de contrôle garant des libertés individuelles, l'adjonction de la phrase se référant au code de procédure pénale est une répétition tacite, mais aussi une métaphore : elle démontre, à titre symbolique, que si l'organisme de contrôle ne perd jamais de vue l'intérêt général, l'ordre public¹⁸² ne sacrifie pas les droits de l'homme sur l'autel des efforts demandés par l'État. Ce dernier a besoin de se défendre, y compris par la prévention : les interceptions de sécurité font partie des moyens mis à sa disposition pour cette finalité. Les citoyens ne sont cependant pas oubliés. Par un contrôle diligent du régime des autorisations et des interceptions de sécurité, la CNCIS parviendra à concilier les aspirations explicites et diffuses de l'État et des défenseurs des droits de l'homme. Elle se crédibilise ainsi dès sa création. Le droit commun s'appliquera à tous¹⁸³. Si la loi n'est pas respectée, la CNCIS se fait un devoir de saisir le Parquet qui remplit sa mission.

178. Même si cela n'est pas pertinent, et comme cela a été traduit par l'amendement du groupe communiste, la plupart des particuliers sont convaincus qu'ils sont en droit de savoir s'ils sont écoutés et pourquoi. Au vide juridique succéderait une transparence lumineuse. Cette idée, qui relève du fantasme dans le domaine des écoutes de sécurité, a préoccupé bien des esprits. Cf. *infra*. Rapports de la CNCIS.

179. L'amendement n° 17, présenté par François Massot, est ainsi rédigé : « Compléter l'article 17 par l'alinéa suivant : "Conformément au deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, la commission donne avis sans délai au procureur de la République de toute infraction aux dispositions de la présente loi dont elle a pu avoir connaissance à l'occasion du contexte visé en application de l'article 15". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3163, 2^e colonne.

180. Le ministre délégué à la justice : « cela va sans dire ». Le garde des Sceaux : « je ne sais pas si cela va mieux sans le dire ou en le disant. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3163, 1^{re} colonne.

181. Deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale.

182. L'ordre public est représenté par l'interception de sécurité, exception au secret des correspondances.

183. Principe d'égalité : en droit, équilibre entre individus et biens.

3. Les rapports

Par leur caractère public, ils permettent aux corps constitués, aux autorités publiques, à la société civile, de se forger une opinion sur le travail du Premier ministre et la réalité tangible des activités initialisées et exécutées par la CNCIS.

Cette pratique des rapports repose en France sur une historicité. Par ailleurs, le rapport apporte une lumière sur des questions souvent laissées dans l'ombre. Ainsi, le rapport de la Cour des comptes, qui fait l'objet de nombreux commentaires, est médiatisé. Détourné de sa finalité par certains journalistes, il est aussi un instrument de dénonciation d'une prétendue gabegie du service public. Les rapports de la CNIL¹⁸⁴ constituent un support obligé pour les juristes spécialisés dans le droit de l'informatique, du multimédia et pour tous ceux qui s'intéressent à l'éventuelle dilution des libertés individuelles dans l'extension des fichiers informatisés. Plus récemment, l'ART, organisme de contrôle mais aussi autorité de régulation, a rendu public des rapports¹⁸⁵ qui permettent d'envisager l'évolution des télécommunications sous leur double aspect, concurrentiel et administratif.

Le rapport de la CNCIS¹⁸⁶ revêt un caractère d'annualité, comme tous les autres rapports précédemment mentionnés. Il est remis au Premier ministre, mais aussi présenté au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat, qui, tous deux, nomment un membre de la commission, peuvent prendre connaissance du travail réalisé et se voient rappeler une responsabilité éminente. Ce rapport est accompagné d'une lettre d'accompagnement qui en résume les grands axes et donne la tonalité générale des impressions et des données rassemblées. Chaque mot est longuement soupesé par les services du CNCIS.

Les recommandations, à défaut d'infractions, traduisent la volonté de faire respecter la loi en cas de dérive momentanée. Le nombre des recommandations apparaîtra dans le rapport¹⁸⁷. Il convient de renforcer la portée de la recommandation¹⁸⁸ puisqu'elle n'est pas obligatoirement suivie d'effets. Les observations complètent les recommandations¹⁸⁹. Leur importance se doit d'être reconnue par

184. Ce rapport de la CNIL a été créé par la loi de janvier 1978.

185. Le rapport de l'ART a été institué par la loi du 26 juillet 1996. Sa première publication a eu lieu en juin 1998.

186. Projet d'article 19 : « La commission remet chaque année au Premier ministre un rapport sur les conditions d'exercice et les résultats de son activité. Ce rapport est rendu public. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3104, 1^{re} colonne.

187. Un amendement n° 21 de François Massot est ainsi rédigé : « Compléter la première phrase de l'article 19 par les mots "qui précise notamment le nombre de recommandations qu'elle a adressées au Premier ministre et les suites qui leur ont été données". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3164, 1^{re} colonne.

188. François Massot : « La commission des lois a pensé qu'il fallait préciser le contenu du rapport. La commission nationale de contrôle adresse, chaque année, au Premier ministre un rapport pour donner plus de portée au pouvoir de recommandation qui lui est reconnu par la loi. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3164, 2^e colonne.

189. Amendement n° 22, présenté par François Massot, Gérard Gaizes, Jean-Pierre Michel : « Compléter l'article 19 par l'alinéa suivant : "Elle adresse, à tout moment, au Premier ministre, les observations qu'elle juge utiles". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3164, 2^e colonne.

la loi¹⁹⁰. Les amendements sont adoptés par l'Assemblée nationale. Le texte définitif retient la mention faite aux observations. Ces dernières sont aussi utiles que les recommandations. Le rapport est accessible au public¹⁹¹ qui peut ainsi se tenir au courant, par une source directe, et non indirecte, de la trajectoire des interceptions de sécurité.

B - Les moyens de la CNCIS

Ils sont relativement modestes.

1. Le personnel

L'article 16 précise que les ministres, les autorités publiques, les agents publics, doivent prendre toutes mesures pour faciliter l'action de la commission. Il n'est pas précisé cependant quelles sanctions administratives seraient prévues en cas d'entrave. Ce choix est volontaire. L'administration ne doit pas rester opaque devant les initiatives de la CNCIS¹⁹². D'entité administrative à entité administrative, les rapports sont, sinon harmonieux, du moins conformes à la légalité.

2. Le budget de la CNCIS

Un organisme de contrôle a besoin de moyens financiers pour fonctionner efficacement. Des crédits sont donc affectés au budget des services du Premier ministre. C'est le président de la commission qui est ordonnateur. Le Premier ministre n'intervient pas¹⁹³.

Un amendement rédactionnel est proposé et accepté¹⁹⁴. Le texte initial envisageait : « Les recettes et les dépenses ». S'il est opportun de mentionner les dépenses, les recettes sont supprimées. En effet, la CNCIS ne dispose d'aucune

190. François Massot : « Dans le droit fil du précédent amendement, nous avons estimé que le rapport annuel prévu à l'article 19 ne devait pas être le seul moyen offert à la commission de contrôle de saisir le Premier ministre des conditions dans lesquelles elle exerce son activité. Nous proposons donc qu'elle puisse, à tout moment, lui adresser les observations qu'elle juge utiles. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3164, 2^e colonne.

191. Le rapport, publié par la Documentation française, peut être acheté au *Journal officiel*.

192. La CNIL, quant à elle, prend beaucoup d'initiatives.

193. Projet d'article 18 : « Les crédits nécessaires à la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité pour l'accomplissement de sa mission sont inclus au budget des services du Premier ministre. Le président est ordonnateur des recettes et des dépenses de la commission. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3164, 1^{re} colonne.

194. Un amendement n° 20, présenté par François Massot, est ainsi rédigé : « Dans le deuxième alinéa de l'article 18, supprimer les mots : "des recettes et". », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3164, 1^{re} colonne.

ressource en dehors des crédits affectés. Le terme « recettes »¹⁹⁵ n'a aucune raison d'être.

La CNIS est donc définitivement créée. Son rôle peut paraître modeste. Sera-t-elle un véritable organisme de contrôle ? La question est posée. Si, en matière d'écoutes et de sécurité, le législateur français s'est mis en conformité avec la CEDH, le compromis semble un peu plus favorable à l'ordre public qu'aux libertés individuelles.

195. François Massot : « Le projet de loi prévoit que le président de la commission de contrôle est ordonnateur des recettes et des dépenses ; qu'il soit ordonnateur des dépenses, on le comprend. Mais qu'il soit ordonnateur des recettes, alors qu'il n'a pas d'autres ressources que les crédits budgétaires, cela nous a semblé étonnant. », *JOAN*, 2^e séance du 15 juin 1991, p. 3164, 1^{re} colonne.

Deuxième partie

Droit et interceptions téléphoniques après 1991. Ordre public et libertés individuelles

Après 1991, des inflexions apparaissent dans l'application de la loi. De nouveaux acteurs entrent en scène : les opérateurs, les industriels. Les opérateurs ne souhaitent pas supporter de pertes en vue de la réalisation des interceptions. Le matériel devient un enjeu où droit administratif (ordre public et intérêt général) et droit commercial (industriels et intérêts privés) tentent d'occulter d'éventuels antagonismes.

Dans un premier temps, les décrets d'application, la jurisprudence, le travail de la CNCIS, tendent à valoriser une interprétation libérale et fine de la loi de 1991. Avec l'accélération des processus technologiques, les changements géo-politiques, de nouvelles préoccupations relatives à l'ordre public se font jour. Des mesures sont adoptées. Le compromis ordre public/protection de la vie privée semble pencher du côté de l'ordre public. Dans les différents secteurs concernés par les interceptions, le bilan est contrasté, qu'il s'agisse de la traditionnelle opposition écoutes judiciaires/écoutes de sécurité, du contrôle, ou des autres formes d'écoutes. Beaucoup de questions demeurent irrésolues.

Chapitre 4

Les interceptions après 1991. Interprétation et évolution

Une évolution ambiguë s'esquisse après 1991 en matière d'écoutes judiciaires et d'écoutes de sécurité. Les textes réglementaires, la jurisprudence, font apparaître une modélisation en mouvance dans les rapports entre l'ordre public et la protection de la vie privée, des libertés individuelles, et en matière de secret défense.

Les relations entre l'ordre public et les libertés individuelles semblent marquer une meilleure prise en compte des libertés individuelles ; des mutations sont apportées à la CNCIS ; les normes relatives au secret professionnel sont modifiées.

Quant à l'ordre public, il demeure prééminent, comme le démontre l'usage de la cryptographie et une relative banalisation des écoutes. La CNCIS démontre qu'elle est utile à l'état de droit et à la République.

SECTION UN LE TRAVAIL DE LA CNCIS ET LE SECRET PROFESSIONNEL, GARANTS DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

Les règles sont affinées. La loi de 1991 gagne en précision grâce au travail de la CNCIS et à l'adoption de nouvelles normes en matière de secret professionnel.

§ I - LE TRAVAIL DE LA CNCIS, SON ORGANISATION, SA MISSION DE CONCEPTEUR

I - LA CNCIS : NOUVELLE AUTORITÉ ADMINISTRATIVE INDÉPENDANTE

Elle est circonscrite par l'organisation interne de l'institution de contrôle.

A - L'organisation et le règlement intérieur de la CNCIS

1. Une amélioration de l'organisation

1.1. Le principe de représentation de l'opposition confirmé dans la pratique

Après les élections sénatoriales de septembre 1992, le président du Sénat désigne Jacques Golliet, universitaire, sénateur de Haute-Savoie.

À la suite des élections législatives de mars 1993, les présidents des deux assemblées appartenaient à la majorité. À l'occasion, Paul Bouchet rappela par courrier à Philippe Séguin la notion de parité qui n'avait pas été mise à l'épreuve des faits. La Cour européenne des droits de l'homme¹ avait retenu la représentation de l'opposition comme critère du caractère démocratique des organes de contrôle. Le président de l'Assemblée nationale, se conformant au vœu de 1991, désigne Bernard Derosier (PS) député du Nord, ancien instituteur, membre de la commission des lois. Bernard Derosier s'est fait connaître dans la lutte contre les sectes².

Après le renouvellement sénatorial de 1995, Jean-Paul Amoudry, de formation juridique³, sénateur de Haute-Savoie (UDF-UC) comme son prédécesseur Jacques Golliet, devient membre de la CNCIS. Il travaille à la commission des lois, s'intéresse aux libertés publiques et aux droits de l'homme. Jean-Paul Amoudry participera activement aux débats concernant la création de la commission consultative du secret défense.

Après la dissolution de 1997, Laurent Fabius retrouve son poste de président de l'Assemblée nationale, et il désigne Jean-Michel Boucheron (PS), député breton. Jean-Michel Boucheron est un universitaire, un économiste. Il est aussi un spécialiste des questions de défense, du Conseil de l'Europe, de l'UEO. À la suite du renouvellement partiel du Sénat, Pierre Fauchon, sénateur du Loir-et-Cher (UDR-UC), avocat, succède à Jean-Paul Amoudry.

Les derniers membres nommés⁴ de la CNCIS ne sont pas tous spécialisés dans les questions juridiques⁵ ; ils sont parfois plus jeunes que leurs prédécesseurs. D'ores et déjà, ils entrent dans un organisme qui a appris à bien fonctionner.

1.2. L'assistance du président par les magistrats

Isabelle Chaussade n'avait pas le titre de déléguée. Elle ne pouvait donc remplacer le président. Elle fut cependant son adjointe directe. Ancien conseiller référendaire à la Cour de cassation, détachée aux Affaires étrangères, elle avait représenté les affaires étrangères à la Commission consultative des droits de

1. CEDH, arrêt Klass C/RFA du 6 septembre 1978 ; CEDH, arrêt Leander c/Suède du 26 mars 1987.

2. Il est l'auteur d'une proposition de loi sur les sectes et membre de la commission d'enquête sur les sectes.

3. Ancienne licence en quatre ans, actuelle maîtrise de droit.

4. Au sujet des parlementaires, lire les « trombinoscopes » de la *Gazette du Parlement*.

5. Jean-Michel Boucheron, par exemple, n'appartient pas à la commission des lois, mais à la commission de la Défense.

l'homme. Paul Bouchet, ancien président de la Commission consultative des droits de l'homme, eut l'occasion d'apprécier ses qualités après la nomination d'Isabelle Chaussade comme chargé de mission à la direction des affaires juridiques du quai d'Orsay, le 1^{er} juillet 1994 ; Mireille Imbert Quaretta, ancien magistrat, président du tribunal de grande instance de Melun est nommée par Paul Bouchet au poste de délégué général à compter du 14 juillet 1994. En 1994, la CNCIS avait fait ses preuves. Il était possible de créer un poste de délégué général habilité à remplacer le président lors de ses déplacements et de ses congés. Jean-Hugues Gay est chargé de mission du 6 septembre 1996 jusqu'au 31 décembre 1998.

Après le départ de Mireille Imbert Quaretta pour le cabinet du garde des Sceaux, Michèle Salvat devient déléguée générale à partir du 19 septembre 1997.

Les crédits affectés à la CNCIS lui ont toujours permis de fonctionner normalement.

2. Le règlement intérieur

Il détermine les conditions de fonctionnement de la CNCIS. La commission se réunit sur initiative du président lorsque la légalité d'une autorisation d'interception autorise un doute.

Les séances, non publiques, peuvent se tenir sur tout lieu du territoire national. L'ordre du jour est établi par le président. Les agents de la commission, sur désignation du président, peuvent assister aux séances. Le délégué général assure le secrétariat et dresse le procès-verbal.

II - LA CNCIS, SA MISSION DE CONCEPTEUR

Le processus des écoutes de sécurité gagne en précision, en fiabilité, grâce au labeur effectué par la CNCIS, et grâce à l'évolution des normes en matière de secret professionnel.

A - La CNCIS, protectrice des libertés individuelles

1. L'appréciation des motifs, l'extrême urgence, le renouvellement des autorisations

La CNCIS précise son interprétation des motifs, auxquels l'organisme de contrôle se réfère, quand elle examine la conformité de l'autorisation délivrée par le Premier ministre.

1.1. L'appréciation des motifs

La sécurité nationale est mieux comprise au vu des dispositions du code pénal de 1992. La sécurité figure parmi les intérêts fondamentaux de la nation, de même

que l'intégrité du territoire, la forme républicaine des institutions, les moyens de défense. C'est un élargissement de la notion précédente de « sûreté de l'État ». Le concept ne doit pas induire de banalisation, et doit comprendre les atteintes à la sécurité des personnes et des biens.

La crainte générale d'un trouble à l'ordre public ne sera pas davantage retenue. Une mesure particulière et particulièrement grave contre la sécurité nationale peut seule justifier le recours aux écoutes de sécurité. La sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France⁶ n'englobe pas les risques habituels que rencontre une société concurrentielle, ou la volonté de protéger des intérêts exclusivement privés. Les interceptions de sécurité ne sont relatives qu'à « la criminalité et à la délinquance organisées », non aux infractions individuelles, quel qu'en soit le degré de gravité. La prévention ne s'applique pas aux délits ou aux crimes commis par des particuliers isolés. La commission Schmelck, dans sa tentative de définition de la criminalité et de la délinquance organisées, s'était référée aux infractions qui avaient justifié la création d'offices spécialisés. Cette définition a été reprise dans l'exposé des motifs de la loi de 1991⁷.

Le code pénal caractérise la bande organisée⁸. Il indique aussi pour quels crimes et délits est retenue la circonstance aggravante de bande organisée⁹.

La CNCIS a élaboré sa doctrine sur les critères d'appréciation en se fondant sur le respect des principes fondamentaux du droit et sur les principes appliqués par la Cour européenne des droits de l'homme :

- le principe de légalité : la demande d'interception doit ressortir, dans une interprétation stricte au profit des éventuels « écoutés », à un des motifs définis par la loi ;

- le principe de proportionnalité : l'atteinte à la vie privée est envisagée par comparaison avec le résultat escompté. Si ce dernier ne peut être certain, il ne sera pas fait recours aux interceptions de sécurité ;

6. Article 410.1 du code pénal.

7. Les offices étaient les suivants :

- l'Office central pour la répression du banditisme ;
- l'Office central pour la répression de la traite des êtres humains ;
- l'Office central pour la répression du trafic illicite des stupéfiants ;
- l'Office central pour la répression du faux monnayage ;
- l'Office central pour la répression du trafic des armes, des munitions, des produits explosifs et des matières nucléaires biologiques et chimiques ;
- l'Office central pour la répression de la grande délinquance financière.

8. Article 132.71 du code pénal. La bande organisée est « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ».

9. Code pénal : trafic de stupéfiants : article 222-35.

- Enlèvement et séquestration (article 224.8).

- Proxénétisme (article 225.8).

- Vol (article 311.9).

- Extorsion (article 312.6).

- Escroquerie (article 313.1).

- Recel (article 321.2).

- Attentat aux biens mettant en danger les personnes (article 322.8).

- La fausse monnaie (article 442.2).

– le principe de subsidiarité. Le recours aux interceptions de sécurité ne s'effectue qu'en l'absence d'autres moyens d'investigations qui ne porteraient pas atteinte à la vie privée.

1.2. L'urgence

La loi de 1991 n'avait pas prévu¹⁰ de dispositions relatives en cas d'urgence ; pourtant, les services des ministères concernés ont souvent l'impression, voire la certitude, d'être cernés par l'urgence. Dans la pratique, les demandes sont accompagnées, quand une extrême diligence semble indispensable, d'une mention « en urgence » ou « en extrême urgence », en « urgence absolue ».

Le traitement en urgence ne présente pas de problèmes particuliers : les agents d'exécution sont seulement invités à travailler avec rapidité. Le cas est différent en cas d'extrême urgence. L'examen de la justification des motifs n'est effectué par l'organisme de contrôle qu'*a posteriori*. Cette mesure s'explique par l'impératif d'immédiateté sans lequel l'objectif ne serait pas atteint. La CNCIS considérait que l'extrême urgence ne pouvait être invoquée que dans des situations exceptionnelles¹¹.

Or, dès 1994, la CNCIS a constaté que l'extrême urgence était quelquefois invoquée sans justification suffisante ; la régularisation n'intervenait qu'après plusieurs jours. Les procédés administratifs n'étaient pas en conformité avec l'esprit de la loi. S'ils se perpétuaient, ils risquaient de rendre inopérant le contrôle de la CNCIS. La CNCIS refuse, en 1994, le bénéfice de l'extrême urgence à des demandes qui ne correspondaient pas aux urgences invoquées précédemment et elle a précisé qu'elle avait l'intention de montrer encore davantage de vigilance.

Une recommandation de février 1995 a été suivie d'effets. Les mentions « extrême urgence » ont été utilisées avec davantage de précautions. À partir de 1996, les demandes en urgence absolue n'ont au contraire cessé de croître : + 8,91 % en 1996, + 10,96 % en 1997, + 14,59 % en 1998. Ce phénomène semble lié à l'effort de prévention du terrorisme.

Les demandes d'interceptions sont appuyées par une fiche dont le modèle a été révisé, avec l'accord de la CNCIS. Cette fiche retient des données sur le nom, la profession de l'abonné, ceux de l'utilisateur, le lien entre l'utilisateur et l'abonné. Le contrôle de la « production de province¹² » est réalisable grâce à des appareils nouveaux de transmission.

1.3. La demande de renouvellement

Elle doit, selon la CNCIS, être initialisée avec prudence. Le renouvellement ne doit pas être la règle, mais l'exception. Or, lors des premières années d'application, le nombre de renouvellements a été élevé¹³. Voilà pourquoi la commission

10. Contrairement à la législation allemande.

11. La recommandation de la CNCIS de février 1995 stipule que « la demande d'extrême urgence doit être accompagnée d'une justification spéciale mentionnant l'événement dont l'immédiateté rend indispensable le recours à une telle procédure ». La régularisation écrite intervient « sans délai », *III^e rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1995, p. 21.

12. CNCIS : *VII^e Rapport d'activité, 1998*, La Documentation française, 1999, p. 15.

13. Exemple : 1994, 1 732 renouvellements et 2 681 interceptions nouvelles.

a recommandé en 1994 que la pratique des renouvellements fût circonscrite¹⁴. Cette recommandation a produit des effets, mais insuffisants au gré de la commission, qui a renouvelé ses critiques : la CNCIS a redouté que l'extrême urgence, comme le renouvellement, ne soient pas des recours exceptionnels¹⁵, qu'ils n'impliquent pas de réflexion particulière et portent atteinte aux libertés individuelles sans que cela fût justifié par un intérêt général. En 1998, les demandes de renouvellement baissent de 6,50 % par rapport à 1997.

Sur ces deux points qui conditionnaient largement l'application des dispositions sur les écoutes de sécurité, la commission a réagi dès sa mise en place, grâce à une rationnelle utilisation du pouvoir de recommandation, et a procédé à un suivi régulier.

2. Le bon déroulement d'une écoute de sécurité

2.1. La régularité des demandes

Il s'agit de contrôler si les signatures qui interviennent dans la procédure d'autorisation sont celles des personnes habilitées en vertu de la loi de 1991 :

- Pour proposition, celle des ministres responsables des services demandeurs¹⁶ ou de leur délégué ;
- Pour autorisation, celle du Premier ministre ou d'un de ses délégués ;
- Pour exécution, celle du ministre des Télécommunications ou de son délégué¹⁷.

La commission a encouragé les ministres à user avec prudence des délégations de signature. Cet avis est d'autant plus nécessaire que les délégations ne sont pas publiées¹⁸. La commission est informée par le secrétaire général du gouvernement des diverses délégations de signature. Des retards sont susceptibles d'intervenir. La commission note les éventuels retards et insiste pour que ce dysfonctionnement cesse. En 1993, la délégation de la signature du ministre des Télécommunications a été enregistrée ; elle a donné lieu à régularisation après observation de la CNCIS.

En 1995, dans l'attente des arrêtés de délégation, le Premier ministre et les ministres ont personnellement signé les documents. Aucune observation n'a été émise en 1996 et 1997.

14. « Toute demande de renouvellement... accompagnée d'une évaluation des résultats de la demande initiale et d'un exposé actualisé des motifs pouvant justifier une telle prolongation. » Recommandation de 1994, citée dans le *III^e rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1995, p. 21.

15. « La Commission constate que cette recommandation a commencé à produire effet, mais estime devoir renforcer encore le contrôle des justifications afin de ne pas permettre des "renouvellements de routine". » *III^e rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1995, p. 21.

16. Ministère de la Défense pour la DPSD et pour la DPSE, ministère de l'Intérieur pour la DST et les RG, ministère du Budget pour les douanes.

17. Cf. article 11 de la loi de 1991.

18. Alors que la publication des arrêtés de délégation avait été envisagée lors des débats parlementaires, ces arrêtés ne donnent plus lieu à publication, pour des raisons de confidentialité.

Par ailleurs, la Commission considère¹⁹ qu'une délégation de signature peut être communiquée par les ministres en cas d'absence ou d'empêchement du délégataire spécial²⁰.

2.2. Le respect du délai légal

Il a été obtenu grâce à un suivi diligent de la CNCIS. En 1991 et en 1992, la commission a constaté que des interceptions de sécurité avaient été maintenues alors que le délai légal des quatre mois était expiré et que la demande de renouvellement prévue par la loi n'avait pas eu lieu²¹.

Le 28 mai 1993, le président de la commission informe le Premier ministre de cet état de fait. Dès le 8 juin, le Premier ministre fait savoir qu'il a pris les mesures permettant d'assurer l'application de la loi²².

Le GIC a reçu des instructions précises. Le président de la commission, lors des visites suivantes au GIC, remarque que lesdites instructions ont été appliquées²³. Un échéancier est établi chaque semaine par le GIC : son double est communiqué à la commission de contrôle. Grâce à cet échéancier, le GIC interrompt toute interception arrivée à son terme légal. Ce formalisme est une condition de régularité et de légalité. Il n'est pas vite entré dans les mœurs. Pendant l'année 1995, le GIC a procédé à 216 interruptions d'office. En 1996, le GIC a procédé à 217 interruptions d'office²⁴, au niveau des services, voire des ministres. La situation ne s'est pas vraiment améliorée. Plusieurs centaines d'interceptions irrégulières par le GIC prouvent que les services demandeurs et leurs ministres responsables n'ont pas compris que l'interception n'avait pas de base légale sans autorisation, et que cette autorisation n'était pas indéfinie. Le rappel de la loi par le Premier ministre aux ministres de l'Intérieur et de la Défense n'a pas porté tous ses fruits : ces ministres, s'ils avaient été conscients de la non-applicabilité de la loi, avaient le devoir et le pouvoir non seulement d'adopter des circulaires (visant à expliciter les dispositions légales auprès des services concernés) mais d'appliquer des mesures disciplinaires aux agents s'étant rendus coupables de manquement à la loi précitée et mentionnée. De telles mesures, très dissuasives, n'auraient pas manqué d'avoir des conséquences manifestes quant au suivi effectué par le GIC. Elles paraissent d'autant plus nécessaires que l'ignorance des services tend à s'institutionnaliser.

En 1997, le GIC a procédé à 304 interruptions d'office : cette augmentation est significative, puisqu'elle concerne 6,45 % des écoutes administratives, contre 4,69 % en 1996. L'interruption par le GIC pour cause de dépassement est un palliatif qui peut s'avérer dangereux. La commission de contrôle fait remarquer en

19. Cette position a été arrêtée en 1991 ; elle est réaffirmée en 1997. *Rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998.

20. Cf. article 4 de la loi de 1991.

21. La commission a effectué des visites.

22. Le Premier ministre rappelle aux ministres de l'Intérieur et de la Défense les dispositions des lois ; il s'assure que les interceptions administratives dont l'autorisation était arrivée à expiration ont cessé. *Rapport d'activité de la CNCIS, 1993*, La Documentation française, 1994.

23. 83 interruptions d'office sont effectuées par le GIC entre le 4 et le 21 juin 1993 : 72 effectuées sur demande de l'Intérieur, 5 sur demande de la Défense, 6 sur demande des Douanes, en Île de France comme en Province.

24. *Rapport d'activité de la CNCIS, 1996*, La Documentation française, 1997, p. 18.

1998 que l'interruption peut générer une relative insouciance de la part des services qui feraient supporter le coût de leurs erreurs par le GIC²⁵. Le gain de coût réalisé à la marge par les services des ministères de l'Intérieur, de la Défense, serait supporté par un autre service administratif. Surtout, les principaux services consommateurs d'écoutes pourraient s'habituer à cette situation, et perdre de vue que leurs prérogatives exceptionnelles sont soumises à des conditions légales²⁶. Ils s'habitueraient à vivre dans l'illicéité, dans la mesure même où ils n'auraient pas à supporter les conséquences de leur comportement dommageable. La commission, en 1998, semble assez pessimiste. Elle est évidemment convaincue qu'une tendance s'est affirmée et qu'il sera bien difficile d'infléchir cette trajectoire²⁷.

2.3. La mise en œuvre et l'effacement des enregistrements

La commission, en 1992, indiquait que le contrôle de la destruction des enregistrements dans le délai légal de dix jours serait facile à assumer²⁸.

Tous les enregistrements sont effectués sur un matériel fabriqué par le GIC, sur des cassettes numérotées, avec indications de la date de mise en service et de la date d'effacement : ces dates sont transcrites sur des registres qui sont mis à la disposition de la commission et qui peuvent être consultés à tout moment par l'organisme de contrôle.

Le point de vue de la commission s'est affiné et affirmé. Les contrôles ont permis de détecter un décalage entre les indications qui apparaissent sur les notes du « bureau lignes » du GIC²⁹ et la réalisation des opérations de branchement qui permettent l'interception.

En 1995, la commission relève que les indications font désormais apparaître les jours et heures des branchements et coupures de lignes. Chaque responsable territorial du GIC, chaque correspondant local, est tenu de faire remonter ces informations au GIC dans les quarante-huit heures.

Ainsi, les dates de branchements, et non plus seulement d'autorisations, sont connues avec exactitude. Les modalités de calcul de durée des interceptions sont claires ; aucune contestation n'est possible à ce sujet. La durée est calculée à partir de la date du branchement sans lequel le processus d'interception serait impossible³⁰.

La commission a relevé que les pratiques étaient très diversifiées, ce qui rendait toute analyse problématique, toute conclusion défectueuse. Elle a souhaité une

25. « Cette augmentation, significative en 1997, amène à se demander si le caractère systématique de l'interruption de l'interception au terme de la durée légale n'induit pas une baisse de vigilance de la part des services utilisateurs. » *Rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 18.

26. « Un rappel doit être formulé pour que cette tendance ne s'accroisse pas et, si possible, s'inverse. » *Rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 18.

27. Nous ne possédons pas de données sur les interruptions d'office par services, ce qui faciliterait un travail de recherche non seulement technologique, juridique, mais sociologique sur les entités les plus enclines à ne pas suivre les dispositions légales.

28. *Rapport d'activité de la CNCIS, 1993*, La Documentation française, 1994, p. 17.

29. Ces indications étaient un reflet fidèle des dates d'autorisations administratives.

30. Les services demandeurs ne peuvent pas se prévaloir de leur retard à effectuer l'enregistrement. *III^e rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1997, p. 23.

unification du modèle des registres conçus et utilisés par les services dans la relève des dates et heures d'enregistrements et d'effacement.

À la demande de la commission, le GIC a établi un modèle unique de registre, où sont listées les opérations d'exécution des écoutes. La commission a recommandé qu'un inventaire des matériels d'enregistrement, de lecture, d'effacement, soit conservé aux différents niveaux³¹ pour faciliter la localisation des matériels. La tenue diligente d'un tel inventaire, adjointe au système précédant de numérotation des cassettes d'enregistrement, n'annihile pas la possibilité d'un détournement de matériels. Le risque est cependant limité, et une utilisation à d'autres fins que celles d'interceptions légales n'est guère envisageable.

Les recommandations ont fait l'objet d'avis au Premier ministre³². Le deuxième avis du 8 décembre 1994 porte sur les mesures de renforcement de contrôle. La première des mesures est destinée à améliorer l'exercice et les modalités de contrôle. La deuxième mesure est afférente à l'unification des registres portant relevé des opérations de branchement, enregistrement, transcription, selon un modèle établi après accord entre la CNCIS et le GIC³³. La troisième mesure est relative à l'établissement d'un inventaire des appareils d'enregistrement mis à disposition de chaque service, selon le modèle élaboré par le GIC par le responsable GIC ou le correspondant local, dans les quarante-huit heures du branchement par fax adressé au « bureau lignes ».

Approuvées, les recommandations ont été portées à la connaissance des responsables des services le 22 décembre 1994 en présence du président de l'organisme de contrôle, sous la présidence du préfet, délégué du Premier ministre au titre de la sécurité et conseiller aux affaires intérieures. Elles sont entrées en application.

Le registre de type unique, demandé par la commission, est généralisé : il intéresse les trois quarts des sites fin 1995³⁴, l'intégralité du territoire fin 1996³⁵. Le dispositif de contrôle se trouve soit au siège du GIC, soit sur site.

Selon les vérifications, l'effacement des enregistrements est effectué, dans la majorité des cas, bien avant la date butoir des dix jours. Les cassettes sont ensuite réemployées. Le délai des dix jours est souvent atteint quand la communication interceptée nécessite une traduction³⁶.

2.4. L'établissement et la destruction des transcriptions

Dès sa mise en place, la CNCIS a estimé que la destruction des procès-verbaux de transcription posait problème : le système envisagé est insuffisamment protecteur contre les risques de duplication, de report sur fiche, de non-respect de

31. Au niveau central, au niveau local.

32. Avis de la commission au Premier ministre :

– avis du 27 septembre 1994 sur les contrôles,

– 1^{er} avis du 8 décembre 1994 sur les conditions des visites de contrôle.

33. Le GIC adresse directement à chaque service les registres conformes à ce modèle, paraphés par le commandant du GIC.

34. *IV^e rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 17.

35. *V^e rapport d'activité de la CNCIS, 1996*, La Documentation française, 1997, p. 18.

36. La date butoir est presque toujours atteinte lorsqu'il s'agit de langues rares ou de dialectes.

la confidentialité. L'utilisation d'un papier spécial s'autodétruisant en cas de photocopie, après étude micro-économique, est apparue d'un coût trop élevé, sans garantie contre la copie manuelle. La commission insiste sur le fait que la garantie contre une conservation illégale des transcriptions dépend d'une organisation rigoureuse des services destinataires³⁷. Un rappel constant de la responsabilité pénale encourue par les agents ne respectant pas les prescriptions légales est un bon facteur de discipline.

En matière de télécopie, le GIC a élaboré, pendant l'année 1993, un appareil qui rend possible la lecture optique des télécopies dont l'interception est autorisée, par visualisation sur écran, ce qui limite la transcription aux seuls éléments en rapport avec l'objet de l'interception. Des exemplaires de cet appareil ont été mis en service en 1993 ; la généralisation du procédé prend effet en 1994³⁸.

Le contrôle du contenu des procès-verbaux de transcription est effectué chaque semaine par le président de la commission lors de ses visites au GIC. Les registres font apparaître, pour toute opération, le nom de l'agent habilité, suivi de sa signature pour émargement.

La destruction des transcriptions induit des difficultés dont la commission est tout à fait consciente : les transcriptions ne restent pas dans les lieux où elles ont été effectuées. Une dispersion³⁹ se produit.

Les transcriptions doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus indispensable à la réalisation de l'objectif légal. Ce dernier est insuffisamment garanti par la commission malgré sa volonté de faire appliquer le droit. Il est malaisé de savoir si le contenu d'une transcription, surtout si la transcription est codée, entre dans le champ d'application de l'article 7. Dans la mesure où l'établissement et la destruction des transcriptions s'opèrent sous l'autorité du Premier ministre, la commission attire l'attention des chefs de gouvernement sur ce sujet sensible.

En effet, la destruction⁴⁰, contrairement à ce qui se passe pour les enregistrements, n'intervient pas dans un délai impératif : un critère d'opportunité⁴¹ se prête malaisément à un examen ou à une critique.

De plus, même si la transcription originale a fait l'objet d'un procès-verbal de destruction, il est matériellement impossible d'empêcher une reproduction, un report sur fiche qui serait conservé dans les arcanes de l'administration, dont le Premier ministre est le chef, mais un chef qui délègue à de multiples chefs de services la responsabilité du bon fonctionnement⁴². La responsabilisa-

37. Système organisationnel et sécurité. Cf. *Le Monde du renseignement*, 1994.

38. Cf. *II^e rapport d'activité de la CNCIS*, La Documentation française, 1994, p. 23.

39. Les procédures ont été mises au point à la demande de la CNCIS. Les transmissions sont assez souvent codées. *IV^e rapport d'activité*, 1995, La Documentation française, 1996, p. 18.

40. Dispersion au lieu de transcription. Dispersion au lieu de conservation.

41. Article 12 de la loi de 1991. La destruction intervient lorsque la conservation n'est plus indispensable à la réalisation de l'objectif. Rappel dans le *IV^e rapport d'activité de la CNCIS*, 1995, La Documentation française, 1996, p. 18.

42. « Les constatations sont d'autant plus préoccupantes que les opérations de destruction des interceptions et d'établissement des procès-verbaux en faisant foi sont effectuées, d'après la loi, « sous l'autorité du Premier ministre », alors qu'il n'existe pas actuellement de dispositif permettant de centraliser l'ensemble des renseignements nécessaires », *IV^e rapport d'activité de la CNCIS*, 1995, La Documentation française, 1996, p. 19.

tion accrue des personnels dirigeants et intermédiaires évite toute dérive intempestive.

Quant au GIG, il a initialisé un processus de contrôle. Il procède à la vérification, tous les quatre mois, de date à date⁴³, de la destruction de l'ensemble des transcriptions. Le service communique les procès-verbaux de destruction des documents et réalise un état des transcriptions concernées : la procédure est renouvelée tous les quatre mois, jusqu'à la destruction des preuves.

Le système s'applique à la majorité des interceptions, mais n'est pas généralisé. La création des « régions GIC », dont la mise en place devait être terminée en 1999, est un instrument de contrôle interne et externe.

Les conservations ne sont pas exceptionnelles⁴⁴. Dans le cas du contrôle du délai, le GIC pouvait agir impérativement, ce qui générerait quelques abus dans certaines administrations. Dans le cas de la conservation des transcriptions, un climat de confiance est souhaitable entre le service destinataire et le GIC. Il n'en demeure pas moins que personne ne peut déterminer si les parties prenantes se plient aux règles juridiques.

La commission demande un renforcement de l'effort déployé par le GIC et appelle de ses vœux une grande rigueur dans l'application de la loi par les services administratifs concernés. Il est évident que la destruction des transcriptions pose des questions qui sont demeurées en partie insolubles. Cela signifie-t-il que la loi devrait être modifiée ? La commission n'émet aucune observation en la matière. Elle doit appliquer les textes, peut-être les faire évoluer, non les modifier.

B - La CNCIS garante d'une relative transparence

En raison du caractère secret, indissociable des interceptions, la transparence ne peut être un objectif officiel ; elle est cependant recherchée avec prudence et circonspection, à l'occasion des visites et lors des avis.

1. Les visites de contrôle de la CNCIS

La CNCIS a la liberté d'effectuer, sans avis préalable, des contrôles inopinés dans tous les lieux où seraient effectuées des interceptions de sécurité⁴⁵. Ces lieux sont multiples, et un membre de la commission peut être habilité, pour le compte de la CNCIS, à examiner les conditions dans lesquelles sont réalisées les écoutes administratives ; ce membre de la commission serait susceptible de se déplacer fréquemment en province. Le travail correspondrait à une mission⁴⁶ et non à une fonction. Cette mission impliquerait des vérifications sur les spécificités des locaux préposés aux écoutes et sur leur conformité aux exigences d'un environnement

43. Le GIC agit en la matière sous l'autorité directe du Premier ministre.

44. Auprès des services destinataires.

45. Avis du 27 novembre 1994.

46. En droit administratif, la mission s'oppose à la fonction (la mission a un caractère ponctuel).

pleinement sécurisé. Elle dénombrerait et caractériserait les appareils d'écoutes utilisés, ou mis en service le jour du contrôle. Enfin, le membre de la commission procéderait à un contrôle de la tenue des registres, de l'élaboration des transcriptions, des conditions de destruction des enregistrements et des transcriptions.

Fin 1994, un avis a fixé avec davantage de précision les conditions des visites de contrôle⁴⁷. La commission arrête à chacune de ses séances le calendrier des visites qui lui paraissent opportunes au bon accomplissement de ses fonctions. Elle décide si la visite se fera en formation plénière, ce qui implique le déplacement des trois membres de la commission (ce qui est rare)⁴⁸ ou si un seul membre est chargé de la mission⁴⁹, ce qui est plus fréquent. Dans ce cas, le président remet au membre désigné une lettre de mission indiquant le lieu, la date, l'objet de la vérification.

Le président de la commission peut s'autocommettre ; aucun service administratif ne peut lui refuser l'entrée des lieux où s'effectue une écoute de sécurité. Voilà pourquoi il est le seul membre de la commission à accéder aux données nominatives protégées par le secret défense.

Quel que soit le mode de contrôle, les missions donnent lieu à un rapport. Au vu de ce rapport, la commission décide s'il convient d'adresser des recommandations au Premier ministre afin de pallier des irrégularités ou des dysfonctionnements. En 1994, des vérifications ont eu lieu tant en métropole⁵⁰ que dans les DOM⁵¹.

Paul Bouchet, lors de ses visites, se joignait souvent à des réunions qui rassemblaient les responsables des services concernés. Il était ainsi informé des difficultés opérationnelles et pouvait en tirer profit par la suite⁵².

Cette politique de contrôle ne pouvait revêtir un aspect systématique : la CNCIS n'en avait pas les moyens. Elle effectuait des sondages non pas représentatifs mais révélateurs, qui ont nourri la réflexion de la commission et ont abouti à des recommandations. Enfin, la commission n'a pas manqué de dénoncer les écoutes illégales⁵³ et de saisir le procureur de la République si elle en avait connaissance. Elle a élaboré une œuvre utile qui a permis une interprétation des textes légaux.

2. Les avis de la CNCIS

Les avis sont un instrument de l'équilibre instauré entre le Premier ministre et l'organisme de contrôle.

En 1993, la commission a différé son avis dans une vingtaine de cas et demandé aux services demandeurs des précisions complémentaires. Pour une autre vingtaine de cas, la CNCIS a décidé que la demande n'était susceptible d'accep-

47. Avis du 8 décembre 1994.

48. La visite en formation plénière a un caractère solennel mais peu pratique. Cependant, dès 1993, la commission avait effectué de telles visites à Lyon et Marseille.

49. Comme cela vient d'être mentionné plus haut. L'avis du 8 décembre 1994 a été adopté à la suite d'une difficulté survenue lors d'un contrôle effectué par un membre d'origine parlementaire. Cf. *III^e rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1995, p. 24.

50. Lille, Poitiers.

51. Guyane, Martinique, Guadeloupe, Saint-Martin.

52. Au vu d'avis circonstanciés.

53. Conformément à l'article 17 de la loi du 10 juillet 1991.

tation que sous réserve de vérification du contenu de la production pendant une période probatoire de quinze jours.

La plupart des difficultés ont été résolues par le recours aux procédures : soit le service n'a pas persisté dans sa demande, soit le Premier ministre⁵⁴ s'est conformé à l'avis négatif de la commission.

En 1994, le nombre de cas litigieux s'était amoindri : les notices d'accompagnement étaient plus détaillées ; les justifications complémentaires étaient précises. La commission a rendu treize avis négatifs, qui ont été suivis dans huit cas. Le Premier ministre⁵⁵ a passé outre dans cinq cas. En 1995, la commission a rendu 43 avis défavorables⁵⁶. Le Premier ministre a passé outre dans trois cas. En 1996, la commission a émis 26 avis défavorables qui ont été suivis pour la plupart des affaires. Dans deux cas, l'interception n'a été autorisée que pour une durée de quinze jours. Le Premier ministre a passé outre dans deux cas⁵⁷.

En 1997, dans 33 cas, l'avis défavorable de la CNCIS a conduit à un retrait de la demande, ou à ce que l'écoute soit refusée par le Premier ministre. En 1998, 37 cas ont abouti à des avis défavorables ou à des retraits après demandes de renseignements supplémentaires.

Ces chiffres permettent de parvenir à deux conclusions :

- La CNCIS, conformément à l'esprit qui a présidé à sa création, cherche à éviter les conflits. Elle n'en fait pas moins preuve de fermeté. Les avis défavorables ne sont pas nombreux⁵⁸ mais ils ne présentent pas un caractère de rareté.

- Le Premier ministre passe rarement outre à un avis défavorable de la commission, mais il use néanmoins de ses prérogatives.

Le bilan semble cependant positif : le travail d'analyse de la CNCIS est examiné avec attention, pris en considération. Le Premier ministre passe outre quand l'impératif d'ordre public lui paraît plus important qu'une éventuelle distorsion en matière de conformité aux motifs⁵⁹. L'organisme de contrôle a démontré qu'il

54. Autrement dit, le préfet délégué à la sécurité.

55. Une étude sémantique des rapports d'activité de la CNCIS permet de constater qu'en 1993 et 1994, le « passer outre » est imputé au délégué, le « suivi » est mis à l'actif du Premier ministre. En 1995, la dénomination « Premier ministre » est utilisée pour le suivi comme pour le « passer outre ». En 1996, la formulation évite (souvent par l'usage du passif) la mise en cause du Premier ministre ou du délégué. En 1997, le vocabulaire est précis, les données sont significatives mais ne sont pas exploitables scientifiquement. Il est probable que, dans ses premières années d'existence, la CNCIS a fait preuve de beaucoup de diplomatie à l'égard du chef de gouvernement.

56. Ils concernent des demandes nouvelles, et des renouvellements.

57. La CNCIS n'est pas avare de détails : « Il s'agit de deux cas présentés pour motif de sécurité nationale (l'un par la DST, l'autre par les PIG), d'un cas présenté par les PIG au motif de délinquance organisée, et d'un cas présenté par la DST au motif de protection des éléments essentiels du potentiel économique de la France. », *V^e rapport d'activité de la CNCIS, 1996*, La Documentation française, 1997, p. 14.

58. Moins d'un dixième en moyenne, sur la période 1993-1997.

59. Quand le Premier ministre passe outre à l'avis défavorable, il veut rester fidèle à la lettre et à l'esprit de la loi. Des discussions ont lieu entre la CNCIS et le Premier ministre (son délégué) sur la légalité du motif. Quand un compromis n'est pas trouvé, le Premier ministre semble considérer que « son » point de vue est le meilleur, même s'il ne met pas en cause le sérieux et la pertinence du travail de la commission. Cf. rapports d'activité de la CNCIS, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, La Documentation française, 1993, 1994, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000.

était pris au sérieux par les acteurs principaux, et, notamment, par le Premier ministre qui tient par ailleurs souvent compte des recommandations et des observations.

La CNCIS est crédible. Les rapports reproduisent des sources étrangères et européennes, des arrêts de jurisprudence, des questions de parlementaires. Ils ne rendent pas seulement compte des activités de l'organisme de contrôle ; ils constituent un instrument de travail pour le juriste. Ils renvoient parfois à des recherches académiques, à des articles de presse.

La distinction entre conception autoritaire et conception de conseil établie par M. Pradel⁶⁰ à propos du choix du législateur au moment de la création de la CNCIS est judicieuse. Cependant, la conception du conseil peut générer une dérive : le conseil est parfois trop dépendant à l'égard du Prince pour bien remplir sa fonction. Beaucoup d'observateurs avaient prêté des desseins machiavéliques au législateur. Il existe une autre conception du conseil, qui allie la prudence et la fermeté, le sens du devoir et le goût de la diplomatie, la discrétion et la visibilité. La commission a opté pour cette dernière forme de conseil, qu'elle souhaite renforcer et approfondir. Une personne, physique ou morale, se jauge sur ses actes. Les actes de la commission ont contribué à affiner la loi.

La CNCIS a démontré qu'un pouvoir de recommandation avait la faculté d'être efficace⁶¹, en s'intéressant aux libertés individuelles, comme le fait le législateur en matière de secret professionnel.

§ II - UN SECRET PROFESSIONNEL MIEUX PROTÉGÉ

« Secret⁶² : non apparent, invisible/placé de façon à être dissimulé. » Cette définition du secret a une double acception. La première signification revêt le caractère d'un constat : le secret n'est pas évident ou visible. La seconde signification a une connotation négative : le secret est caché ; des personnes ont agi (réagi) pour que cette dissimulation soit effective et subsiste. En fait, les deux sens sont utilisés simultanément par des acteurs différents.

Le secret joue un rôle important dans les diverses branches du droit. Le secret est un recours dans le droit des affaires, dans un cadre concurrentiel. L'entreprise, entité autonome qui agit pour son propre compte, afin de réaliser des profits, pro-

60. Jean Pradel : « Un exemple de restauration de la légalité criminelle. Le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications » (commentaire de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991). *Recueil Dalloz Sirey*, 1992. 6^e cahier, chronique, p. 49-59. Distinction entre « conception autoritaire » et « conception de conseil », p. 58.

61. Par référence au commentaire de Jean Pradel (référence 1). « Au contraire, la seconde ne lui aurait confié qu'un pouvoir de recommandations, sans grande portée. » *Recueil Dalloz-Sirey*, 1992. 6^e cahier, chronique, p. 58, 2^e colonne.

62. *Nouveau Petit Larousse*.

tège parfois ses inventions par le secret⁶³, préféré aux brevets, aux certificats d'utilité, aux droits de propriété intellectuelle. Il n'y aura pas alors de cession, ni de licence.

Dans sa lutte engagée en matière de contrefaçon, le chef d'entreprise choisit parfois le secret⁶⁴ aux dépens de la requête individuelle auprès du président du tribunal de grande instance (susceptible de délivrer une ordonnance de saisie-contrefaçon), de l'arbitrage, de la transaction. Le secret bancaire⁶⁵ est parfois mis à mal. La divulgation d'un secret de fabrication⁶⁶ peut être un délit ; elle est à coup sûr une faute lourde pour le salarié qui s'en rendrait coupable. L'employé convaincu par son employeur d'un tel comportement n'aurait droit ni à l'indemnité de licenciement, ni à l'indemnité de congés payés, ni au préavis. En droit des affaires, les deux sens du mot « secret » sont appropriés.

Le secret est omniprésent dans le monde des interceptions et dans celui des institutions qui participent à la captation des messages.

Lors d'une écoute judiciaire ou écoute de sécurité, le juge d'instruction qui signe le mandat d'interception, le Premier ministre, les ministres de l'Intérieur, de la Défense, ou ceux chargés des douanes, ou des télécommunications, les agents du fisc ou d'un opérateur de télécommunications qui captent les conversations, sont tenus à la discrétion, à la réserve⁶⁷. Ils ne doivent pas divulguer la teneur des actes légaux qu'ils commettent dans le cadre de leurs missions professionnelles.

Les demandeurs, en particulier les services de renseignements des ministres de l'Intérieur et de la Défense, cultivent le secret, indispensable à l'accomplissement de leurs missions.

La terminologie commune ne dénomme-t-elle pas les agents des renseignements « agents secrets » ? Leur identité ne doit pas être dévoilée. La dissimulation du secret est le vecteur du succès professionnel.

Le secret est au cœur de la problématique des interceptions, judiciaires ou de sécurité. La non-visibilité, la dissimulation, sont considérées comme légitimes par une multiplicité d'acteurs, pour des raisons d'éthique, de commerce, de sécurité. Pour les uns, la non-divulgation de ce secret est nécessaire à l'ordre public : connu, il pourrait générer la commission d'infractions, délits ou crimes. Pour d'autres, le secret est indissociable de la qualité de travail. Dans la mesure où le travail et le secret sont difficilement dissociables, certaines personnes s'indignent quand il est question, à des occasions ponctuelles, de défaire le lien, de rompre la passerelle entre le labour et le secret. On peut parler d'une culture du secret parmi ces strates

63. Sur le secret et les inventions, cf. Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURST, *Droit de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 1993 ; J. SCHMIDT, *Droit de la propriété intellectuelle*, Memento Dalloz, 1991.

64. Sur le secret et la contrefaçon en matière de propriété intellectuelle, cf. Christian LE STANC, *L'Acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Litec, 1977.

65. M. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit bancaire*, Memento Dalloz, 1994.

66. Sur le secret de fabrication, cf. *Dictionnaire permanent social*, Éditions législatives, Éditions Francis Lefebvre, *Social*, Lamy social, Lamy, 1999.

67. Sur la réserve : en dehors du secret, la communication est due uniquement aux personnes qui ont le droit de savoir ; les juges et les fonctionnaires cultivent un légitime devoir de réserve ; ils sont tenus de ne pas mentir.

de la population. Comme toute culture, elle a ses rites, ses préjugés, ses croyances, ses valeurs. Le secret est parfois professionnel⁶⁸.

I - LA LOI DE 1991 ET LES DÉBATS EN MATIÈRE DE SECRET PROFESSIONNEL

A - Le secret professionnel et la loi

Le secret professionnel était quelque peu négligé par le législateur depuis de nombreuses années. Il n'en était pas moins intégré dans l'inconscient collectif⁶⁹ de la société civile, qui tend à accorder une confiance certaine et à valoriser, sauf exceptions⁷⁰, les titulaires du secret professionnel. Au niveau européen, le secret professionnel est une norme communautaire⁷¹.

B - Le secret professionnel et la loi de 1991

Lors des discussions afférentes à la loi de 1991, le secret professionnel s'est focalisé sur la fonction d'avocat, qui assure les droits de la défense. Il est clair qu'une personne mise en examen, si elle doute du caractère inexpugnable du secret professionnel, se défiera de celui ou de celle qui la défend, racontera des fariboles, sans doute contraires à ses intérêts, à son avocat. L'avocat n'est pas chargé de recueillir des aveux (élément probatoire), mais des confidences, qui lui permettront d'élaborer un dossier solide sur son client, afin de bien connaître les divers aspects des faits qui lui sont reprochés, de déterminer, si son client accepte de collaborer avec lui sur ce point, la réalité et l'exactitude des faits, afin de cerner la

68. Le secret professionnel : le juge ne peut pas demander à une personne soumise au secret professionnel de lui communiquer des secrets, *Crim.*, 5 juin 1981, *Bull. crim.*, p. 558. Les pièces produites en violation du secret professionnel sont prohibées (*Soc.*, février 1981, *Bull. V*, p. 41). Le secret est révélé si la production d'éléments de preuves est demandée.

69. Le secret professionnel est à la base de nombreux produits culturels qui montrent l'adhésion du grand public, et ce, depuis des années. Les livres à gros tirages pour cible populaire, enfants et adultes, s'intéressent aux médecins, aux journalistes. Les producteurs de films ont également obtenu de substantiels bénéfices grâce à l'exploitation de ce filon.

70. Le médecin reste un notable respecté, surtout par les provinciaux et les personnes dotées d'un faible niveau d'instruction. En revanche, la médecine du travail est perçue de façon ambivalente : elle détecte des maladies ; quant au médecin du travail, émanation physique de la médecine du travail, il est surtout représenté (cf. presse quotidienne, nationale ou régionale) comme celui qui déclenche la procédure de licenciement sans faute, après examen d'un salarié, de retour d'un congé de maladie. L'avis du médecin du travail est suivi par l'employeur ; les contre-expertises n'ont pas de réelle valeur, et les reclassements ne sont pas assez nombreux, malgré les dispositions du code du travail.

71. Arrêt de la CJCE du 18 mai 1982 – AM et J.

personnalité de son client, et de le mieux défendre⁷². Les États non démocratiques, ou totalitaires, ne définissent pas ainsi les droits de la défense, qui sont circonscrits, voire réduits à néant. L'avocat sert de médiateur entre l'accusation et l'accusé, il n'est pas le héraut de l'inculpé.

Les écoutes légales peuvent porter atteinte au secret professionnel par le biais des interceptions de conversations par la voie des télécommunications. Cela signifierait qu'une personne mise en examen, placée en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, ne pourrait échanger librement des propos avec son avocat qu'en tête-à-tête, voire en dehors du cabinet de l'avocat, où des perquisitions sont possibles. Les membres de la commission des lois considéraient que le cabinet d'un avocat ne pouvait faire l'objet d'une interception. Le cabinet est un lieu de confidentialité préservé entre la personne mise en examen et la personne chargée de la défense.

Le gouvernement et les parlementaires, dans leur majorité, sont moins pointilleux, mais ils souhaitent que l'aspect « secret professionnel », qui avait été occulté lors de la rédaction initiale, soit pris en compte. Au cours de la discussion générale, le garde des Sceaux avait mentionné qu'il serait déloyal que les conversations entre l'inculpé et son avocat fissent l'objet d'une interception téléphonique.

1. L'amendement 25

C'est le Sénat qui, avec l'amendement n° 25⁷³, prit l'initiative de déposer un amendement afférent à l'interception d'une ligne dépendant du cabinet de l'avocat ou de son domicile. Le gouvernement est en accord avec cette initiative, même s'il propose son propre texte.

Il ne convient pas de revenir sur les discussions engagées à l'occasion de l'introduction⁷⁴ de l'article 100-7. Après réunion de la commission mixte paritaire, l'article est définitivement voté. Le bâtonnier est le garant des droits de la défense. L'article 100-7 ne diffère de l'amendement Thyraud que sur un seul point⁷⁵.

En réalité, du point de vue gouvernemental, les droits de la défense seront scrupuleusement respectés. Le juge d'instruction, maître d'ouvrage de la procédure, informé de par sa formation, et conscient de l'importance des droits de la défense, ne signera un mandat autorisant l'interception que si les autres moyens sont inopérants. Le secret professionnel dont bénéficie le client ne sera entamé que ponctuellement, et sur la base d'un critère de proportionnalité.

72. À l'occasion des crimes, des experts psychiatres sont entendus, pour déterminer si l'accusé (après examen) disposait de son discernement au moment de l'acte criminel. De toute façon, un profil de la personnalité apparaît, au-delà de l'avis psychiatrique, à travers les observations, les opinions des témoins. L'avocat doit pouvoir contredire une assertion défavorable, qui serait susceptible de nuire à son client.

73. Amendement de Jacques Thyraud.

74. Cf. Chapitre 2 de l'ouvrage : « La licéité des interceptions d'avocats ».

75. Texte de Jacques Thyraud : « Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sans que le bâtonnier ou son délégué en ait été informé par le juge d'instruction. » Article 100-7 : « En soit informé ».

Quant au bâtonnier, indépendant de la magistrature, il a pour vocation de protéger le secret professionnel dans le cadre des droits de la défense. Le bâtonnier est le rempart contre toute forme d'abus.

L'interception de la ligne de l'avocat serait conciliable avec le secret professionnel, caractéristique reconnue des droits de la défense, que le législateur n'entend pas remettre en cause.

2. La politique de la CNCIS

Dès 1991, la commission indique que, pour élaborer son avis lors de l'appréciation des motifs, elle souhaite disposer des renseignements les plus exhaustifs⁷⁶ sur la profession exercée par la personne qu'un service du ministère de l'Intérieur, de la Défense, ou de la Douane, souhaite écouter, dans le cadre légal. Plus les informations seront précises et mieux la commission comprendra la nature du motif. Elle donnera un avis éclairé en toute bonne foi.

Ces renseignements sont indispensables. Une méconnaissance des divers aspects de la vie professionnelle risquerait de fausser l'appréciation portée par la CNCIS sur les motifs invoqués. Et ce contrôle est une des principales tâches dévolues par la loi à la CNCIS. Si la profession entre dans les catégories des métiers couverts par le secret professionnel, la CNCIS fera preuve d'une circonspection particulière. Elle doit parvenir à un équilibre entre la protection du secret professionnel et la prise en compte d'un motif licite d'interception par voie de télécommunications. La CNCIS sera de plus en plus sensibilisée à cet aspect du droit des écoutes de sécurité et rendra ses avis avec prudence.

La Commission s'est réunie pour dégager dès 1991-1992 une jurisprudence en matière de cas litigieux. Certains d'entre eux portent sur la mise en cause, *via* l'interception, du secret professionnel.

Des avis négatifs ont été rendus, en 1992, dans onze cas, et le Premier ministre s'est rendu à ces avis, sauf pour deux exceptions. La CNCIS n'indique pas si, parmi les avis négatifs, figuraient une ou des configurations « secret professionnel », mais confirme que toute demande relative à une personne soumise au secret professionnel doit être étudiée avec une extrême attention.

L'article 100-7 de la loi du 28 juillet 1991 est complété par la loi portant réforme du code de procédure pénale⁷⁷ ; « les formalités prévues sont prescrites à peine de nullité⁷⁸ ». L'information du bâtonnier étant obligatoire, le code de procédure pénale précise qu'à défaut d'information du bâtonnier, la procédure d'interception est nulle. Il en découle ainsi la nullité pour les éléments de preuve qui auraient été obtenus par la voie des écoutes. Les preuves n'existent pas et sont censées n'avoir jamais existé.

76. Le flou peut induire en erreur sur la profession ou l'une des professions de la personne concernée. La CNCIS sollicite les bienfaits de la clarté.

77. Loi n° 93.10013 du 24 août 1993.

78. Ce qui est frappé de nullité n'existe ni pour le particulier ni pour un tribunal. Au demeurant, la nullité visée est ici la nullité absolue, puisque l'ordre public et l'intérêt général sont en cause.

Dans la mesure où le juge d'instruction délivre un mandat d'interception pour rassembler des preuves qu'il ne peut obtenir par d'autres méthodes plus classiques, il sera encore plus vigilant et n'oubliera pas de prévenir le bâtonnier : la procédure n'est pas seulement instituée pour protéger les droits de la défense. Son respect est nécessaire au déroulement de l'instruction, et éventuellement à la prise en compte d'éventuelles preuves devant un tribunal.

Certains services de l'État souhaiteraient au contraire pouvoir rassembler sur une personne susceptible de commettre une infraction⁷⁹, des informations détenues en toute confidentialité par des professionnels des métiers de la justice, de la médecine, de la presse. Pour l'État, ce secret est une dissimulation nuisible. En revanche, pour exercer correctement leur mission et obéir à une déontologie minimale, les professionnels réclament une protection du secret qui resterait invisible dans l'intérêt du client. Une dichotomie est apparente. Le législateur a pour objectif de parvenir à un compromis raisonnable. Les États-Unis connaissent eux aussi le secret professionnel, également protégé par la loi. Le concept de déontologie est de plus en plus souvent évoqué. Il ne concerne pas seulement le traitement du génome et les pratiques génétiques. Dans le jeu du marché globalisé, la meilleure solution, pour le droit anglo-saxon, ne réside pas dans la réglementation, mais dans la mise en place de codes de déontologie qui sont obligatoires pour ceux qui s'y soumettent⁸⁰.

En France, la plupart de ces professions sont exercées dans le cadre d'une déontologie. Le médecin prête le serment d'Hippocrate ; s'il contrevient à une disposition légale ou à l'une de ses promesses, il peut se voir interdire l'exercice de sa profession⁸¹.

Les avocats sont également soumis à une éthique contraignante⁸². Les journalistes possèdent un code de déontologie⁸³. Pour valoriser leur statut, ils insistent sur leurs objectifs avoués⁸⁴ : usage de la liberté d'expression au profit de la vérité contrecarrée par un secret dolosif⁸⁵ : usage de la liberté d'investigation protégée par le secret professionnel. Les journalistes, dans les séries qui procèdent à l'acculturation de la majorité de la population internationale, sont des héros sans peur et sans reproche, qui ont succédé, en Occident, au militaire, au savant, dans

79. Dans la limite des motifs de la loi de 1991.

80. Par exemple, après la publication au *JOCE* de la directive « Informatique et libertés » en 1995, les États-Unis qui, comme tous les États, se penchent sur les modalités de transfert des flux transfrontières ont regretté la « rigidité » européenne, soulignant que les chefs d'entreprises doivent disposer de leurs fichiers. Certains d'entre eux sont cependant tenus d'obéir à des codes de déontologie, dont l'application est surveillée par les associations de consommateur. Des textes de lois sont également envisagés, puis adaptés.

81. L'ordre des médecins peut suspendre ou radier l'un des siens.

82. Ils appartiennent eux aussi à un ordre, l'ordre des avocats.

83. Cf. *infra*.

84. L'objectif inavoué est la rentabilité économique. Un directeur de publication ne demandera jamais à l'un de ses salariés ou à un pigiste de traiter un sujet qui ne serait pas commercial pour la cible visée.

85. Le film *Les Hommes du Président* d'Alan Pakula est représentatif à cet égard. Les journalistes sont les pourfendeurs de la tromperie ; ils débarrassent le système démocratique américain de ses scories, dans le contexte de l'affaire du Watergate qui aboutit à la démission du président Richard Nixon.

la mythologie des références nobles et idéalistes. Malgré l'existence de l'éthique et de sa transcription sous forme déontologique, les professions tenues au secret professionnel préfèrent en France un renforcement de la protection légale et jurisprudentielle à un élargissement des codes de déontologie, qui ne permettraient pas d'éviter d'éventuelles mises en examen dans le contexte d'un conflit entre le secret/invisibilité et le secret/dissimulation.

II - LE SECRET PROFESSIONNEL ET SES RÈGLES

A - Le cadre légal général

1. L'ancien code pénal⁸⁶

Il envisageait à la fois la protection du secret professionnel (les personnes titulaires encouraient des sanctions pénales si elles se soustrayaient à ce secret nécessaire) et l'obligation de ne pas dissimuler la vérité à la justice, si cette dernière l'estime indispensable : les détenteurs seront dénonciateurs si la loi le précise. Il s'agissait de concilier les exigences contradictoires du secret/invisibilité et du secret/dissimulation.

Le code protégeait le secret/invisibilité : les personnes qui devaient consulter un professionnel, auquel ils se livraient en toute confiance, ne devaient pas être les victimes d'hommes ou de femmes de métier, qui auraient fait mention de secrets, alors que cela pouvait gravement nuire à leurs clients.

Les titulaires de ces professions ne détiennent pas un privilège⁸⁷ ; ils sont au contraire soumis à un devoir. Ce sont les clients qui sont ainsi sécurisés. Ils sont assurés de ne pas subir les désagréments de la calomnie, voire du chantage⁸⁸. Les professionnels sont des « confidentiels nécessaires ». Il convient d'éviter toute tentative d'usage intempestif d'un secret.

86. Ancien code pénal, article 378, paragraphe 1 : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 à 15 000 F. »

87. Le privilège correspond à une historicité ; il s'est attaché à certaines personnes, en raison de leur statut, de leur naissance ; il est une rupture d'égalité.

88. Le chantage, cf. code pénal, article 312.10 : « Le chantage est le fait d'obtenir en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une rémunération, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. Le chantage est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende. » Article 212.11 : « Lorsque l'auteur du chantage a mis sa menace à exécution, la peine est portée à 7 ans d'emprisonnement et à 700 000 F d'amende. » Menace de chantage, cf. Crim., 22 juin 1994, *Gaz. Pal.*, 2-3 décembre 1994 ; *Rev. sc. crim.*, 1995, 102, obs. Ottenhof.

D'autres personnes (en dehors de celles qui sont dénommées dans l'article 378)⁸⁹ obéissent au secret professionnel. La jurisprudence a indiqué quelles professions devaient se soumettre au secret professionnel sous peine de sanctions pénales.

Elle a inclus les professions de justices : les magistrats, avocats⁹⁰, notaires, huissiers⁹¹, auxiliaires de justice, les ministres de culte⁹², des professions en rapport avec la banque et la comptabilité, agents de change, experts-comptables⁹³, les assistantes sociales⁹⁴. Elle a exclu les journalistes⁹⁵, les agents d'affaires, les conseils juridiques, les P-DG⁹⁶, les éducateurs⁹⁷.

Les seules exceptions à l'obligation du secret professionnel, pour les professions visées, sont les sévices ou privations commis sur des mineurs de 15 ans⁹⁸, les dénonciations d'avortements effectués dans des conditions autres que celles prévues par la loi⁹⁹, et, avec l'accord de la victime, la dénonciation de viols ou d'attentats à la pudeur¹⁰⁰. Toutes ces exceptions sont prévues par l'article 378, paragraphes 2, 3, 4.

89. Les professions de santé.

90. Les magistrats et avocats sont amenés à connaître de multiples secrets tenant à la vie privée, à la vie des affaires, à la commission de crimes ou délits.

91. Les notaires et huissiers possèdent des données sur le patrimoine (le notaire est contacté, en vue, parfois, de la signature de contrats solennels, sur les ventes d'immeubles, les testaments, les donations, les mariages), sur les biens et les revenus des personnes physiques. L'huissier, notamment, participe au recouvrement des créances et il envoie des actes qui sont en rapport avec les diverses facettes de la vie d'un individu, commerçant ou non.

92. La République française ne reconnaît ni ne subventionne aucun culte, cependant elle prend ici en compte la relation particulière qui s'instaure entre une personne physique et un ministre du culte auquel seront confiés les secrets les mieux cachés. Dans le culte catholique, à travers le sacrement de confession, l'église demande à ses prêtres de recueillir tous les secrets qui correspondraient à des manquements aux commandements.

93. Les agents de change et les experts-comptables, même s'ils ne sont pas commissaires aux comptes, ont des données précises sur l'état des biens des personnes physiques et personnes morales. De plus, l'expert-comptable est associé à de nombreuses procédures à caractère juridique. Par exemple, il peut être appelé comme expert pour examiner un plan social en cas de licenciement économique.

94. Les assistantes sociales se voit confier des secrets relatifs à la vie privée, professionnelle, scolaire, médicale, des personnes dont elles s'occupent.

95. Les journalistes sont perçus ici comme des « écrivains » (cf. R. Barthes).

96. Les P-DG mandataires sociaux sont détenteurs des secrets de leur entreprise.

97. Les éducateurs ont connaissance des secrets des personnes avec qui ils travaillent (secrets sur la vie privée, médicale, politique).

98. Les sévices ou privations sont commis par d'autres personnes que les mineurs qui en sont victimes. Les professionnels qui ne pratiqueraient pas la dénonciation seraient les complices des coupables. De plus, la non-dénonciation pourrait entraîner une récidive.

99. Il y a un décalage évident entre l'appréhension de l'avortement par la loi et l'opinion publique. La loi considère l'avortement comme un délit s'il n'est pas pratiqué conformément aux dispositions légales. Une partie de l'opinion assimile l'avortement à un crime (personnes dotées de convictions religieuses, en particulier). Une autre partie de l'opinion publique considère l'avortement comme une affaire privée. La profession de santé se doit de faire respecter la loi.

100. On peut s'étonner que l'accord de la victime soit demandé. Ce n'est pas le cas en matière de sévices sur mineurs de 15 ans. Or, dans les deux situations, il y a délit ou crime sur des personnes ; la non-dénonciation, relevant du désaccord de la victime, peut encourager le viol ou l'attentat à la pudeur par des personnes détentrices d'une autorité, notamment de l'autorité parentale.

2. Le code pénal actuel

Il est plus générique en matière de secret professionnel. La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende¹⁰¹.

Comme dans le texte de l'ancien code pénal, une distinction est établie entre les personnes qui exercent une profession à temps plein dont le secret professionnel est une caractéristique de l'activité mentionnée et les personnes exerçant une fonction ou une mission temporaire, mais qui peuvent également être amenées à connaître des informations relevant du secret professionnel.

Néanmoins, au-delà de cette distinction, les détenteurs du secret professionnel sont passibles des mêmes sanctions pénales. Cette mesure est particulièrement adéquate. Une personne qui exerce de façon permanente une profession vouée au secret professionnel fera preuve de discrétion, sans même avoir consulté le code pénal et constaté qu'elle risquait de se retrouver en prison ou de payer une amende. Son intérêt bien compris l'amènera à se taire, à conserver le secret qui sera, malgré la confiance, invisible, non apparent, opaque. Les professionnels de santé perdraient la réputation¹⁰² qui a permis la constitution d'une clientèle s'ils répétaient, même occasionnellement, les informations qu'ils ont réunies, avec leurs malades et grâce aux examens réalisés sur prescription.

De même, un notaire ne pourrait espérer être l'intermédiaire de transactions immobilières, le rédacteur d'actes authentiques, s'il divulguait les secrets individuels ou familiaux dont il a connaissance. Le même raisonnement s'applique aux autres professions. Les dispositions du code pénal sont indispensables. Elles déterminent la norme en vigueur ; de plus, elles peuvent dissuader des professionnels de se départir occasionnellement de leur rigueur, au profit de proches.

Les personnes qui exercent une fonction ou mission temporaire pourraient *a priori* assumer leurs responsabilités avec plus de légèreté. Ne sont-elles pas de passage ? La mission n'est qu'une étape dans leur carrière. Elles ne reverront plus leurs clients à la fin de leur période d'activité. Qu'il s'agisse d'un médecin ou d'une sage-femme qui assume un remplacement, d'un éducateur sous CDD, il quittera dans un délai plus ou moins rapide la localité où il (elle) se trouve. Les indiscretions seraient difficilement détectables et vite oubliées. En fait, ces personnes sont tellement conscientes du caractère particulier de l'état ou du métier accompli, du secret professionnel inhérent à l'activité exécutée, qu'elles sont aussi scrupuleuses que les professionnels permanents. Elles ont intériorisé les contraintes du secret et s'y plient aisément. La norme ne pouvait les oublier ou les passer sous silence. Ces professionnels ont intégré une éthique, qui correspond à une façon de vivre, de penser, d'agir.

101. Article 226-13 du code pénal.

102. Ils pourraient être suspendus ou radiés par l'ordre, quand il s'agit de médecins.

B - Les dispositions légales selon les professions

Il ne convient pas de confondre secret professionnel et protection des sources d'information. Le secret professionnel protège des personnes physiques contre les aberrations éventuelles de certains corps de métiers qui captent des secrets et qui commettraient des nuisances graves en les divulguant. La protection de la source d'information, en droit français, n'a aucun caractère d'équivalence, même si les journalistes invoquent le secret professionnel¹⁰³, quand ils protègent leurs sources. La police, elle aussi, a ses sources d'informations¹⁰⁴.

Or, malgré la différence que semble établir la société civile entre le « secret professionnel » du noble journaliste et la « source d'information » parfois glauque du policier, un lien est créé entre les deux branches de communication, est illustré dans des produits culturels grand public¹⁰⁵. Notons cependant l'aspect évolutif du secret professionnel. La distinction n'a donc pas un caractère définitif.

1. Le secret professionnel des avocats

Il a un caractère particulier puisqu'il est une composante des droits de la défense.

1.1. Les consultations et les correspondances¹⁰⁶

Les consultations et les correspondances échangées entre un avocat et son client sont protégées par le secret professionnel. En 1991, une loi¹⁰⁷ confirme cet aspect du secret professionnel. Malheureusement, les difficultés d'interprétation sont nombreuses. Certains juristes font valoir que le secret professionnel s'applique à tous les documents et les consultations, qu'un procès soit envisagé ou non. D'autres juristes, qui insistent sur la particularité du secret professionnel dévolu à l'avocat, soutiennent que les consultations et correspondances sont protégées uniquement en cas de procès. C'est une vision quelque peu restrictive des droits de la défense. La jurisprudence est partagée. Cependant, l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles a joué un rôle non négligeable¹⁰⁸. Dans cette affaire, les magistrats ont dû se prononcer sur le caractère confidentiel ou non d'une correspondance échan-

103. Quand un journaliste refuse de mentionner la source dont il tient une information, il se réfère au secret professionnel.

104. Les indicateurs sont une source précieuse d'informations pour la police et la gendarmerie, qui cherchent, elles aussi, à protéger les personnes qui leur communiquent des renseignements utiles, parfois indispensables pour la manifestation de la vérité. Il ne viendrait pas à l'esprit d'un policier de mentionner « le secret professionnel ». Il convient seulement de s'assurer que l'indicateur ne subira pas de désagréments parce qu'il a travaillé avec la police ou la gendarmerie.

105. De nombreuses séries télévisées adoptent des scénarii fondés sur la thématique du secret professionnel, sur les personnages du policier et du journaliste.

106. Article 66-5 modifié de la loi du 31 décembre 1971.

107. La loi du 31 décembre 1971 dispose : « Les consultations adressées par un avocat à son client et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel. »

108. C.A., Versailles, 28 avril 1982.

gée entre un avocat et son client. Une partie de cette correspondance contenait des conseils qui auraient pu être donnés, avait fait valoir la partie adverse, par d'autres juristes non avocats, mais spécialisés dans la matière intéressant l'avocat et son client, le droit des affaires. La Cour d'appel ne nie pas que le client aurait pu bénéficier d'acquis cognitifs importants pour lui, grâce à un contact établi auprès d'un professionnel du droit¹⁰⁹. Il ne convient pas de séparer les actes de profession dissociables du secret professionnel et ceux qui relèvent des droits de la défense, et qui sont toujours protégés par les droits de la défense¹¹⁰. La Cour de justice des communautés européennes a eu l'occasion de stipuler qu'en dehors même d'une procédure, une consultation se situe dans le cadre du respect des droits de la défense.

Lors des débats qui ont lieu à l'Assemblée nationale le 4 janvier 1993¹¹¹, un député propose un amendement qui donnerait une interprétation favorable et large à la notion de secret professionnel de l'avocat. Serge Charles fait mention de la jurisprudence qui illustre ses thèses. Il argumente : une autre interprétation de la loi ne serait pas conforme d'après les études qu'il a menées sur les textes¹¹² à l'esprit du législateur. Les droits de la défense et le secret professionnel sont un des fondements de la démocratie. Un retour en arrière, une application timorée des normes, nuiraient à l'institution judiciaire. L'amendement de Serge Charles est adopté. Désormais, de façon indiscutable, le secret professionnel s'applique à tous les actes accomplis dans le cadre des relations entre un avocat et son client. L'article 4 de la loi du 7 avril 1997 précise que le secret professionnel protège¹¹³ les consultations, les correspondances, les notes d'entretien et « plus généralement toutes les pièces du dossier ».

1.2. Les perquisitions

La loi du 4 janvier 1993 exerce une influence non négligeable en la matière. En effet, à l'occasion des perquisitions effectuées dans des cabinets d'avocat, et dans l'incertitude interprétative, des dossiers de consultation avaient été saisis, malgré les protestations des avocats, sous prétexte que les dossiers étaient antérieurs à une procédure et n'étaient pas couverts par le secret professionnel. Cela n'est plus possible.

Les articles 56, 76, 96 du code de procédure pénale relatifs aux perquisitions au cours des enquêtes de flagrance, des enquêtes préliminaires ou effectuées au

109. C.A., Versailles, 28 avril 1982 : « On ne saurait dénier, en l'espèce, à la correspondance échangée entre un avocat et son client le caractère confidentiel lié au secret professionnel de l'avocat, au motif que, hors de toute représentation devant les tribunaux, il donnait simplement des conseils juridiques qui auraient aussi bien pu émaner de n'importe quel spécialiste du droit des affaires non revêtu de la qualité d'avocat... »

110. C.A., Versailles, 28 avril 1982 : « On ne saurait, en second lieu, s'agissant d'un principe d'ordre public destiné à sauvegarder les droits de la défense, distinguer sans risque d'arbitraire, à partir des actes de la profession auxquels la loi, dans un intérêt général, a imprimé le caractère confidentiel et secret, ceux qui relèvent de la consultation juridique et ceux qui sont liés à un acte de la défense. »

111. Portant réforme du code de procédure pénale.

112. Cet amendement devient le complément d'un article (66.5) ainsi rédigé : « En toute matière, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel. »

113. Article 66.5 et rédigé.

cours d'une information, impliquent l'observation des mesures nécessaires pour que soient respectés le secret professionnel et les droits de la défense.

L'article 56-1 du code de procédure pénale, dans sa rédaction de la loi du 30 décembre 1985, a ajouté aux dispositions en vigueur une précision importante sur les visites domiciliaires. « Les perquisitions dans le cabinet d'avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué¹¹⁴. »

Les articles 76 et 96 du code de procédure pénale adoptent des garanties semblables. Seul le juge d'instruction est habilité à chercher, à saisir les documents indispensables à l'information, dans le cadre d'une procédure d'exception. Rappelons que, par arrêt du 18 mai 1982, la CJCE a estimé que le secret professionnel de l'avocat constituait une norme communautaire¹¹⁵. La CEDH a considéré que la correspondance d'un détenu avec un homme de loi jouissait d'un statut protégé¹¹⁶.

2. Le secret professionnel et les autres professions soumises à discrétion

Le secret professionnel et les perquisitions concernent les médecins, les notaires, les huissiers.

– La loi de 1993 a exclu les autres professions qui sont soumises au secret professionnel et qui sont sanctionnées pénalement en cas de manquement à leur obligation de secret. L'exhaustivité de ces professions aurait induit, selon le législateur, des difficultés procédurales inextricables.

– Les garanties prévues en matière de perquisition chez ces professionnels ont été acquises de haute lutte. Elles concernent d'ailleurs le domicile professionnel, et non le domicile privé.

Le Sénat, dans sa majorité, souhaitait que les garanties fussent limitées à la profession d'avocat. Certains sénateurs, notamment juristes, ont fait observer que les garanties prévues lors des perquisitions au cabinet ou au domicile d'un avocat ont pour unique objet la préservation des droits de la défense. Ces derniers ne doivent pas être mis à mal en raison des nécessités de l'information, qui expliquent et justifient les recours à la perquisition. Jean-Marie Girault, rapporteur du projet de loi du 4 janvier 1992, a défendu cette position avec beaucoup d'énergie¹¹⁷.

114. Lors du débat sur les interceptions par voie de télécommunications, des parlementaires avaient souhaité que l'information obligatoire du bâtonnier, en cas d'interception de la ligne d'un avocat, concerne aussi le délégué. Référence avait été faite alors aux perquisitions. Le délégué aurait pu être utile dans les circonscriptions judiciaires où le bâtonnier est submergé de dossiers, d'informations, de saisines. Cette proposition d'amendement avait été rejetée.

115. CJCE, 18 mai 1982, affaires AM.

116. CEDH, Campbell c/Royaume-Uni, 25 mars 1992.

117. Jean-Marie Girault : « Il faut bien avoir conscience que la protection est accordée à l'avocat qui est le conseil d'une personne poursuivie. Le dossier de la défense est chez le défenseur. Les perquisitions doivent être encadrées. Il ne saurait être question, selon nous, d'étendre cette protection à d'autres professions. » Cité dans le *II^e rapport d'activité de la CNCIS, 1993*, La Documentation française, 1994, p. 55.

Le projet de loi n'avait prévu aucune protection spécifique lors de perquisitions effectuées chez une personne tenue au secret professionnel. C'est Jacques Toubon¹¹⁸ qui a déposé un amendement en vue d'encadrer les perquisitions dans le cabinet ou au domicile d'une personne soumise au secret professionnel. Cet amendement s'inspirait de l'article 56-1 du code de Procédure Pénale. Il suggérait que la perquisition fût effectuée par un magistrat, en présence d'un représentant de l'organisation professionnelle dont dépend l'intéressé. L'Assemblée nationale a retenu l'amendement en le modifiant. Le domicile privé, notamment, n'est pas protégé¹¹⁹.

Lors du vote de la loi du 24 août 1993, les discussions ont été très vives. Certains parlementaires ont remis en question la nouvelle protection accordée aux professions soumises au secret professionnel. Malgré ces tentatives avortées, non seulement l'article 56-1 a été maintenu, mais conforté. Il est une disposition d'ordre public¹²⁰.

L'article 100-7 de la loi de 1991 a pour but unique de garantir les droits de la défense. Les personnes soumises au secret professionnel sont traitées de la même façon que les autres citoyens qui n'ont pas à gérer un secret qui ne leur appartient pas¹²¹.

3. La protection des sources d'information

3.1. Les journalistes

Si le droit au secret professionnel¹²² est reconnu par plusieurs législations étrangères, il n'en est pas de même en France. Le journaliste n'est pas assujéti au secret professionnel. Le concept est pourtant revendiqué par les journalistes français.

Dès 1918, les journalistes français adoptent « La Charte des droits professionnels ». En 1938, le syndicat national des journalistes se réfère à une charte révisée¹²³. En 1971, la Fédération internationale des journalistes, l'organisation internationale des journalistes, la plupart des syndicats de journalistes européens, dont les Français, rédigent la charte de Munich¹²⁴. Le journaliste français s'engage à ne pas divulguer ses sources. Il n'y est tenu par aucune disposition légale.

Le journaliste n'est pas un confident nécessaire¹²⁵. Cela signifie qu'il n'en-court aucune sanction s'il divulgue ses sources d'information¹²⁶ et qu'il risquerait

118. Jacques Toubon s'est également impliqué (*supra*) dans le vote de la loi de 1991.

119. L'article 56-1 complété est ainsi rédigé : « Les perquisitions dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avocat, ou d'un huissier, sont effectuées par un magistrat et en présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant. »

120. « Les formalités mentionnées à l'article 56-1 sont prescrites à peine de nullité. »

121. Le secret appartient au client ou au patient.

122. Concept connu et reconnu dans les démocraties.

123. « Un journaliste digne de ce nom [...] garde le secret professionnel. »

124. La charte de Munich stipule : « Les devoirs essentiels du journaliste, dans la recherche, la rédaction et le commentaire des événements sont [...] garder le secret professionnel et ne pas divulguer la source des informations obtenues confidentiellement. »

125. Terme employé pour désigner les professions assujétiées au secret professionnel.

126. S'il le fait, son image risque d'être fâcheusement entachée ; le journaliste d'investigation se reconvertirait opportunément en journaliste d'opinion.

des peines d'emprisonnement et d'amende s'il ne communiquait pas ses sources à la justice quand celle-ci lui en fait obligation.

Le journaliste est partagé entre le désir de respecter son éthique, de conserver la confiance de ses lecteurs, de ses sources d'information, et la crainte d'être puni par le service public de la justice. À vrai dire, le dilemme se pose rarement d'une façon aussi paroxystique.

L'ancien code pénal¹²⁷ et l'article 111 de l'ancien code de procédure pénale¹²⁸ sont clairs. Le journaliste se doit d'aider la justice, surtout si les sources d'informations permettent de retrouver les auteurs d'un crime ou d'un délit. Sur le plan civil, le code civil prévoit des mesures d'astreinte ou d'amende civile pour les personnes qui n'apporteraient pas leurs concours à la justice¹²⁹.

Les juridictions ne sont pas sévères à l'égard des journalistes. Ils ne sont pratiquement pas condamnés quand ils allèguent le secret professionnel, à une exception près¹³⁰. De fait, une tolérance s'est instaurée. Les juridictions laissent aux journalistes la faculté de taire certains renseignements. Les poursuites, les sanctions, restent inappliquées.

Un décalage aussi évident entre la norme et l'application de la norme traduit un dysfonctionnement. Aussi, les journalistes, en 1992, dans « Droits et devoirs des journalistes, textes officiels, la protection des sources », sollicitent, sinon la reconnaissance du secret professionnel¹³¹, du moins la protection des sources d'information : sans confiance, un journaliste ne peut travailler efficacement¹³², ce qui nuit à sa crédibilité et à la société civile. Lors de la discussion de la loi du 4 janvier 1993, il est reconnu aux journalistes la protection des sources d'information.

Le projet de loi initial, dans sa première version, n'intégrait pas cette disposition. Elle a été introduite à la demande du député Pascal Clément qui a plaidé pour le journalisme d'investigation et insisté sur le fait que, sans protection des

127. Article 109 de l'ancien code pénal : « Toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer sous réserve des dispositions de l'article 378 du code pénal. »

128. Article 111 de l'ancien code de procédure pénale : « Toute personne qui déclare publiquement connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit et qui refuse de répondre aux questions qui lui sont posées à cet égard par le juge d'instruction sera puni d'un emprisonnement de un an et d'une amende de 25 000 francs. »

129. Article 10 du code civil : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts. »

130. Recel de documents induit par une violation du secret professionnel. Cour d'appel de Paris, 10 mars 1993, Fressez, Rocre (*Le Canard enchaîné*) c/M. Calvet et SA Entreprise Peugeot.

131. La publication admet que la distinction entre « secret professionnel » et « protection des sources d'informations » est une question sémantique, au sujet de laquelle une discussion serait inopportune dans le contexte.

132. « Ce que les journalistes demandent, ce n'est pas, à proprement parler, le secret, mais le droit de ne pas révéler leurs sources, chaque fois du moins que cette obligation aurait pour effet de tarir ces sources ou de faire perdre la confiance de personnes qui ont informé le journaliste parce qu'elles se fiaient à sa discrétion. »

sources d'information, le journalisme d'investigation était voué sinon à la disparition du moins à une sensible perte d'influence¹³³.

Les arguments ont été admis et le secrétaire d'État à la Communication J.-M. Jeanneney, a justifié le droit, pour le journaliste, entendu comme témoin par le juge d'instruction, de se taire.

Le tabou sémantique a été respecté : le secret professionnel n'est pas reconnu aux journalistes. Néanmoins, l'amendement de Pascal Clément a été voté pour résoudre le dilemme que nous venons d'évoquer. Un journaliste ne doit plus être confronté à ce choix impossible : violer la loi pour obéir à sa déontologie professionnelle, violer l'éthique professionnelle pour rester en conformité avec la loi.

Il s'agissait d'entériner une pratique puisque les juges ne condamnaient pas les journalistes qui se dérobaient aux articles du code pénal et du code de procédure pénale pour protéger leurs sources. Le conflit s'atténuait. L'état de droit se rétablissait. La loi du 4 janvier 1993 constitue donc un progrès en la matière¹³⁴.

L'article 109 du code de procédure pénale n'intéresse pas uniquement le journaliste. Un journaliste peut travailler seul. Il lui arrive aussi de se faire assister, ponctuellement ou systématiquement, par un personnel technique ou administratif, qui, sans participer à la création de l'œuvre de l'esprit, collabore aux investigations et est amené à connaître les sources d'information. Ce travail en équipe a son utilité ; la loi n'est pas habilitée à l'empêcher ou l'interdire. Or, ces tâches deviendraient difficiles si le personnel technique et administratif était tenu de divulguer les sources d'information. Selon certains juristes, il ne convient pas de dissocier le régime prévu pour les journalistes et le régime prévu pour ceux et celles qui participent à l'élaboration de l'article ; ces derniers doivent pouvoir refuser de témoigner devant le tribunal. Si ce n'est pas le cas, la source d'information sera connue, le secret sera divulgué et le journaliste contribuera moins facilement à la liberté d'expression.

Voilà pourquoi Michel Dreyfus-Schmidt¹³⁵ a déposé un amendement visant à étendre le bénéfice de l'article 109 aux personnels techniques et administratifs. Le texte, adopté au Sénat, est ensuite abandonné. Le législateur n'a pas voulu qu'un régime d'exception prévale en faveur d'autres personnes que le journaliste. Celui-ci est obligé de prendre personnellement contact avec ses sources d'informations, et de cloisonner tous les rapports qu'il peut entretenir avec les individus concernés. Le législateur n'entend pas élargir sa tolérance à l'égard du refus de témoignage. Un processus d'exception plus exhaustif induirait un danger de rupture avec le droit commun en la matière¹³⁶.

133. Il ne convient pas d'imiter l'exemple des États en cours de démocratisation. Quant aux États totalitaires, ils ignorent le journalisme d'investigation.

134. Article 109 de la loi du 4 janvier 1993 : « Tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine. »

135. Michel Dreyfus-Schmidt intervint souvent dans les débats afférents à la sécurité et aux libertés individuelles. Il a proposé beaucoup d'amendements à la loi de 1991 sur les interceptions.

136. La liberté de la presse n'est pas explicitement mentionnée dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH admet des exceptions pour maintenir l'ordre public et démocratique. Dans l'arrêt *Sunday Times* du 26 juillet 1979, elle n'en affirmait pas moins : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies en faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction de la population. »

3.2. Les entreprises de presse

La loi du 4 janvier 1993 établit des garanties en cas de perquisition dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle. Le droit commun s'appliquait jusqu'alors. Depuis la loi du 4 janvier 1993, les perquisitions sont effectuées par un magistrat¹³⁷.

C'est un amendement du gouvernement qui a amélioré le texte initial. Le garde des Sceaux a justifié cette initiative en se référant à la liberté de la presse¹³⁸, qu'il convient de protéger ; la loi qui protège les libertés individuelles ou publiques n'entravera pas la circulation de l'information¹³⁹.

Journalistes et entreprises de presse ne sont pas cependant soumis au secret professionnel. Si le journaliste peut refuser de témoigner lors d'une enquête policière, il doit communiquer ses informations au juge d'instruction et au tribunal. Le dysfonctionnement relevé entre le texte et la pratique n'est pas entièrement colmaté. Le journaliste reste un personnage exposé à un conflit de conscience.

La liberté d'information est contingentée par des textes qui ont pour mission de protéger l'ordre public, dans les domaines de la santé publique, de la bonne administration de la justice, de la moralité publique, de la protection des mineurs. Le journaliste est un médiateur entre l'information brute et l'opinion. Cette fonction de médiatisation implique le respect des lois et des règlements en vigueur. La diffusion d'informations est notamment interdite lorsque les nouvelles concernent le domaine militaire¹⁴⁰, les objets, documents, procédés ou renseignements¹⁴¹.

Le journaliste est l'une des cibles privilégiées du secret défense, forme de secret qui n'intéresse pas les professions et les professionnels, mais l'intérêt supérieur de la défense nationale ou les alliés. Le souci de protection des libertés individuelles va de pair avec la protection du secret professionnel. Ce dernier cède le pas aux exigences de l'ordre public : à l'occasion de l'introduction dans le corpus juridique allemand de positions nouvelles, qui auraient pu être considérées comme attentatoires au secret professionnel, les autorités décisionnaires ont agi avec détermination.

137. Article 56-2 du code de procédure pénale : « Les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat qui veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard à la diffusion de l'information. »

138. La liberté de la presse participe de la liberté d'expression, reconnue par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

139. « Une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne saurait se voir confisquer, à l'occasion d'une procédure d'enquête, l'usage des informations qu'elle détient. » Michel Vauzelle, cité dans le *II^e rapport d'activité de la CNCIS, 1983*, La Documentation française, 1994, p. 59.

140. Les informations militaires de toute nature non rendues publiques par les pouvoirs publics ; leur divulgation risquerait de nuire à la défense nationale, en temps de paix comme en temps de guerre. Décret loi du 20 mars 1939.

141. Informations afférentes aux objets, documents, procédés, renseignements, qui doivent être tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale.

SECTION DEUX

UN ORDRE PUBLIC DANS UN CONTEXTE ÉVOLUTIF

Si, depuis 1991, les libertés individuelles ont été prises en compte, l'ordre public n'a pas été oublié dans le nouveau contexte des télécommunications concurrentielles. Les écoutes sont fréquentes.

§ I - DES TECHNIQUES ET DES DROITS

I - LE NOUVEAU DROIT DES TÉLÉCOMMUNICATIONS ET L'ORDRE PUBLIC

Les écoutes sont une obligation prévue par le cahier des charges des fournisseurs ; les interceptions sont de plus en plus souvent confrontées à la cryptographie.

A - Les fournisseurs de télécommunications et l'obligation d'écoute

Les obligations des fournisseurs de télécommunications autorisés par les articles L33 et L34 du code des Postes et Télécommunications sont tenus, par leurs cahiers des charges, de procéder à des interceptions judiciaires ou de sécurité si cette mission leur est demandée par les autorités légales. Les opérateurs doivent faire preuve de vigilance. L'obligation de procédure des écoutes est internationale. Des fournisseurs et opérateurs se plaignent du surcoût induit par la CALEA.

1. Écoutes et droit commercial

Le droit commercial interroge le droit public. Au sein de l'Union européenne, la résolution du Conseil du 17 janvier 1995 imposait aux fabricants, aux opérateurs téléphoniques, de procéder à l'installation d'équipements facilitant les écoutes.

La résolution de mai 1999 actualise l'accord de 1995. Elle l'étend (ce qui était déjà prévu par la loi française de 1991) aux communications par l'Internet, satellites, et aux autres technologies. Les interceptions par mobiles ne cessent de progresser.

Le lobby commercial s'est manifesté. Voilà pourquoi, après examen par le groupe de coordination du K4, chargé de la police, du terrorisme, du crime organisé, de l'immigration par le comité des représentants permanents des ambassadeurs auprès de l'Union européenne, les parlementaires ont amendé la résolution pour que les coûts générés par les mesures d'interception ne pèsent pas trop lour-

dement sur les fournisseurs d'accès européens à l'Internet. Les industriels ne sont pas entièrement satisfaits de ce compromis. La problématique connaîtra d'autres développements. Des lois spécifiques sont votées dans certains pays (par exemple, RIP, *the Regulation of Investigatory Powers Bill*, sur les écoutes électroniques, au Royaume-Uni, en 2000).

2. La vigilance des opérateurs et des fournisseurs ou la limitation des risques

Ces derniers se développent de façon exponentielle avec le développement des technologies. La sécurisation devient un enjeu pour les contractants et les utilisateurs. La jurisprudence entérine cette évolution.

À la suite d'une enquête résultant d'une plainte déposée par les époux X, un mini-émetteur branché directement sur la ligne téléphonique des époux X a été découvert dans un sous-répartiteur implanté sur la voie publique. Le nombre d'agents de l'opérateur susceptibles de se procurer un double de la clé, le code d'accès et le plan de câblage de l'armoire de répartition a été évalué à une trentaine. L'opérateur¹⁴², selon le juge, faisait courir des risques d'atteintes au secret des communications. La réduction des facteurs de risques n'a pas été envisagée, ce qui correspond à une « mesure injustifiable au regard des prescriptions légales et une faute lourde ». L'indemnité allouée aux époux en considération du préjudice est de 5 000 F.

Les opérateurs et fournisseurs jouent un rôle non négligeable dans le processus d'interception. Ils se doivent d'agir avec prudence.

B - La cryptographie

Cette technique était jusqu'alors un outil de confidentialité pour le GIC, pour les personnes habilitées à procéder à des interceptions. À présent, les interceptions doivent trouver les clefs de chiffrement. Les procédés étaient facilités par le régime sécuritaire qui s'appliquait à la France. Un régime de liberté progressive puis totale est entré en vigueur. Les interceptions donneront de plus en plus souvent lieu à un décryptage. Une collaboration s'institue avec les tiers de séquestre, quand ils existent.

II - DES ÉCOUTES EFFECTIVES PARFOIS BANALISÉES

La course se poursuit entre les nouveaux produits technologiques et les matériels d'interceptions, entre les écoutants et les écoutés aptes à investir.

Les écoutes sont très souvent effectives et correspondent à un souci d'ordre public. Les techniques s'adaptent à la loi de 1991. L'interprétation des textes est extensive.

142. Tribunal d'instance de Lyon, 6^e section, jugement du 4 septembre 1992.

A - Les services habilités et les portables

Non seulement la norme GSM ne pose plus de problème, mais la téléphonie par satellite est adaptée aux besoins des juges d'instruction et du Premier ministre.

1. La France

En France, les services de police s'étaient inquiétés de la sophistication des systèmes de téléphonie universelle par satellite. Ils s'étaient opposés en 1998 à la commercialisation d'Iridium en France.

2. L'Union européenne

Le Conseil des ministres de la Justice et des Affaires étrangères de l'Union européenne a indiqué, en septembre 1998, que les réseaux de télécommunications par satellites disposaient de la technologie indispensable aux interceptions grâce à leurs fournisseurs de services dans les États membres, *via* un dispositif de commande à distance liée à la station terrestre.

Les fournisseurs jouent un rôle de plus en plus important. Des arrêtés du 28 octobre 1998 au 17 novembre 1998 autorisent Iridium et Tesam (Globalstar) à établir des réseaux de télécommunications par satellite : « La présente autorisation est délivrée sous réserve que le titulaire ait mis en place les moyens nécessaires à la mise en œuvre effective de la loi du 10 juillet 1991. » Globalstar succède à Iridium (après la faillite d'Iridium). Les négociations entre les représentants de l'ordre public et les sociétés qui cherchent à réaliser des profits n'en sont encore qu'à leurs balbutiements. L'ordre public mesure le prix à payer aux sociétés commerciales pour remplir pleinement sa mission. Il se plaint parfois de la lourdeur des tarifs.

B - Une interprétation des textes quelquefois extensive

Les écoutes devaient avoir un caractère exceptionnel. Elles tendent à se banaliser.

Les écoutes judiciaires et de sécurité s'accroissent.

1. L'accroissement des écoutes judiciaires

1.1. Les auteurs de la loi de 1991

Ils ne voulaient pas que l'écoute judiciaire fût un instrument parmi d'autres mis à la disposition du juge d'instruction. Ce dernier se devait de réfléchir à l'opportunité de recourir à l'interception judiciaire. L'écoute judiciaire ne prévient pas

les infractions¹⁴³. Son objet est de constater, de rassembler les preuves dans un esprit de loyauté¹⁴⁴.

1.2. Le nombre des écoutes judiciaires a augmenté jusqu'en 1991

Des personnes privées n'hésitent plus à introduire des recours en contentieux.

Le ministère de la Justice ne communique aucun document officiel de recensement des écoutes judiciaires. En revanche, les rapports de la CNCIS¹⁴⁵ ont permis de prendre connaissance des sources de France Télécom. France Télécom n'est pas la seule société à réaliser des interceptions judiciaires. Elle n'en conserve pas moins la maîtrise de l'exécution des écoutes dans un grand nombre de cas.

1.3. Une trajectoire de banalisation dans le temps et l'espace

Nombre d'écoutes judiciaires par an réalisées par France Télécom :

– 1991 : 5 691

– 1992 : 9 244

– 1993 : 10 413

– 1994 : 11 453

– 1995 : 11 229

– 1996 : 9 336 (chiffre mentionné par la CNCIS sans faire figurer la dénomination France Télécom)

– 1997 : 9 290

Une décroissance s'amorce à partir de 1995.

Les chiffres sont indicatifs, représentatifs, même s'ils ne recouvrent pas la totalité des interceptions judiciaires¹⁴⁶. Une comparaison entre ces chiffres et l'estimation des affaires entrant dans le seuil des deux ans¹⁴⁷ permet d'établir que le juge d'instruction utilise de plus en plus fréquemment les interceptions judiciaires : il est peu vraisemblable que le magistrat instructeur réfléchisse longuement, après chaque mise en examen, pour déterminer s'il ne peut pas éviter de recourir aux écoutes judiciaires, si d'autres moyens ne permettraient pas de cerner la vérité. Des « inégalités » territoriales sont notables.

143. Travaux de Christian Guery. *Recueil Dalloz-Sirey*. 25^e cahier, 1996.

144. Cette loyauté est admise avec une certaine facilité en matière de preuves. Cf. arrêt du 22 avril 1992. Cour de cassation. D., 1995, Jur., p. 59. Dans cette affaire, la preuve d'un délit de corruption était recherchée. Pour parvenir à recueillir cette preuve, un fonctionnaire s'est caché dans le bureau d'un maire, à l'instigation de ce magistrat communal, afin d'enregistrer une conversation entre le maire et une autre personne ; ce procédé n'a pas été considéré comme déloyal.

145. Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. *III^e rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française 1995, p. 102, 103. *Idem*, *IV^e rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 47.

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

147. Le seuil permet la mise sur écoute.

Les chiffres proportionnellement les plus élevés concernent pour les régions les plus peuplées.

Île de France :	Le Midi :
- 1991 : 1 343	- 1991 : 1 011
- 1992 : 1 246	- 1992 : 1 418
- 1993 : 1 459	- 1993 : 1 633
- 1994 : 1 641	- 1994 : 1 828

Les chiffres proportionnellement les moins élevés ne concernent pas toujours les régions les moins peuplées. L'augmentation est générale.

Certaines pratiques locales paraissent mieux concorder avec l'esprit de la loi¹⁴⁸.

Exemples (par départements) :

La Touraine :	Le Loiret :	Le Finistère :
- 1991 : 4	- 1991 : 47	- 1991 : 58
- 1992 : 50	- 1992 : 48	- 1992 : 48
- 1993 : 70	- 1993 : 91 ¹⁵⁰	- 1993 : 54
- 1994 : 129 ¹⁴⁹	- 1994 : 80	- 1994 : 90 ¹⁵¹

Les juges d'instruction lyonnais semblent généralement plus disposés ou pré-disposés à ordonner une interception que les juges parisiens.

Paris :	Lyon :
- 1991 : 632	- 1991 : 435
- 1992 : 462	- 1992 : 428
- 1993 : 491	- 1993 : 460
- 1994 : 512	- 1994 : 940

Une étude socio-juridique s'impose. Comme les chiffres varient d'un département à un autre, il est clair que l'interprétation de la loi a été différenciée, non pas seulement en fonction des opinions des magistrats mais de données économiques. La banalisation se justifie-t-elle par la répétitivité de la pratique ? Cela est vraisemblable.

Les particuliers, même si cela est encore rare, intentent des actions en justice. Ces actions sont peu nombreuses et aboutissent rarement.

2. Les écoutes de sécurité

L'amplitude des écoutes et la répartition par motifs. L'information sur les chiffres apparaît avec le III^e rapport d'activité, en 1994. À cette époque, l'organisme de contrôle a justifié son existence, et gagné en légitimité¹⁵², en reconnaissance¹⁵³.

148. Les raisons en sont pour l'instant inconnues ; il n'existe pas de travail de recherche en la matière.

149. Le chiffre a presque doublé entre 1993 et 1994, ce qui ne correspond pas à la tendance nationale.

150. « Décollage » manifeste en 1993.

151. « Décollage » évident en 1994.

152. La CNCIS a appliqué la loi et suggéré des améliorations qui ont été retenues.

153. La CNCIS, et notamment son président, sont médiatisés par la presse nationale.

2.1. L'augmentation du nombre des écoutes de sécurité

- 4 413 (1 732 renouvellements) en 1994
- 4 623 (1 788 renouvellements) en 1995
- 4 623 (1 819 renouvellements) en 1996
- 4 713 (1 803 renouvellements) en 1997
- 4 746 (1 684 renouvellements) en 1998
- 4 577 (1 599 renouvellements) en 1999 (léger infléchissement en 1999).

2.2. Une répartition par motifs instructive

Elle est révélée par la CNCIS à partir de 1995, soit un an après l'opus de 1994. La référence la plus fréquente est soit le terrorisme¹⁵⁴, soit la criminalité organisée¹⁵⁵.

La sécurité nationale vient en troisième position. Une augmentation conséquente apparaît en 1996 (+ 155)¹⁵⁶.

Le nouveau motif, « potentiel économique », connaît une croissance exponentielle, avec cependant une baisse en 1998 et en 1999. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, ce motif est entré dans les mœurs juridiques ; il correspond à des préjudices importants pour les personnes morales, de grande et de moyenne dimension¹⁵⁷.

Le motif « groupements dissous » est peu utilisé¹⁵⁸. Sa pointe d'écrêtement apparaît en 1996, l'année où le motif « sécurité nationale » est le plus utilisé. Une corrélation existe entre ces deux chiffres, liée au contexte politique et juridique. En revanche, le chiffre baisse considérablement en 1997, pour devenir quasi insignifiant.

En 1997, les demandes ordinaires constituent en pourcentage 54,98 %, les renouvellements 38,26 %, l'urgence absolue 6,77 %¹⁵⁹. En 1998, les demandes ordinaires concernent 65,10 %, les renouvellements, 38,48 %, l'urgence absolue 9,42 %. Un progrès est notable en ce qui concerne l'urgence absolue¹⁶⁰. Les autres

154. Terrorisme : 1995 : 1 143 demandes initiales, 672 renouvellements ; 1996 : 1 039 demandes initiales, 717 renouvellements ; 1997 : 1 190 demandes initiales, 721 renouvellements ; 1998 : 1 327 demandes initiales, 693 renouvellements ; 1999 : 1 317 demandes initiales, 719 renouvellements.

155. Criminalité organisée : 1995 : 1 121 demandes initiales, 200 renouvellements ; 1996 : 1 123 demandes initiales, 197 renouvellements ; 1997 : 1 073 demandes initiales, 155 renouvellements ; 1998 : 1 124 demandes initiales, 199 renouvellements ; 1999 : 1 145 demandes initiales, 181 renouvellements.

156. Sécurité nationale : 1995 : 342 demandes initiales, 717 renouvellements ; 1996 : 497 demandes initiales (augmentation considérable), 744 renouvellements ; 1997 : 465 demandes initiales, 779 renouvellements ; 1998 : 491 demandes initiales, 605 renouvellements ; 1999 : 495 demandes initiales, 597 renouvellements.

157. Potentiel économique : 1995 : 121 demandes initiales, 176 renouvellements ; 1996 : 125 demandes initiales, 138 renouvellements ; 1997 : 175 demandes initiales, 141 renouvellements ; 1998 : 120 demandes initiales, 148 renouvellements ; 1999 : 87 demandes initiales, 91 renouvellements.

158. Groupements dissous : 1995 : 17 demandes initiales, 23 renouvellements ; 1996 : 20 demandes initiales, 23 renouvellements ; 1997 : 7 demandes initiales, 7 renouvellements ; 1998 : 0 demande initiale, 9 renouvellements ; 1999 : 0 demande initiale, 3 renouvellements.

Sources : *VI^e rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 15 ; *VIII^e rapport d'activité de la CNCIS*, La Documentation française, 2000, p. 20.

159. Sources : *VI^e rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 16.

160. À titre de comparaison : en 1996, 250 demandes ont été traitées en urgence absolue ; en 1995, les cas d'urgence absolue atteignaient 412. L'accroissement dans le sens de la normalisation est un acquis de la CNCIS. Cf. *Rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 12.

chiffres doivent être examinés avec circonspection ; il existe un lien entre le terrorisme et la « sécurité nationale ». Le combat contre les mafias relève tant de la « criminalité organisée » que de la « protection d'intérêts économiques ».

2.3. *Le contingent*

La compréhension des chiffres précédents : elle a pour corollaire une approche des contingents/quotas¹⁶¹.

Le même contingent/quota s'est appliqué de 1991 à 1996¹⁶² selon le souhait de la commission. En 1995, un dépassement a été constaté¹⁶³ pour des raisons relatives à l'activité terroriste. Globalement, le nombre total des interceptions pour 1995 a peu varié par rapport à l'année 1994¹⁶⁴. La commission avait émis des remarques et aucun dépassement n'a été constaté en 1996.

L'augmentation des quotas a néanmoins été envisagée, en raison de l'accroissement du nombre des lignes¹⁶⁵, suite à l'allocation d'un contingent à la gendarmerie qui n'en disposait pas jusqu'alors. Le quota est en effet passé de 1 180 à 1 540, pour des motifs technologiques d'ordre public¹⁶⁶.

L'ambiguïté demeure entre ordre public et libertés individuelles. En France, le législateur envisage d'aggraver les peines encourues quand il y a atteinte à la vie privée. Cependant, en cas de danger, priorité est donnée à l'ordre public. En 1997, l'Allemagne avait préparé une loi permettant de recourir aux écoutes microphoniques, à la sonorisation des appartements, à l'installation de dispositifs d'écoutes à distance. Malgré les protestations des associations de défense des droits de l'homme, le Bundestag (janvier 1998) et le Bundesrat (février 1998) adoptent la modification de l'article 13 de la constitution sur l'inviolabilité du domicile, indispensable à l'adoption du texte, puisque ce dernier violait le domicile.

Dans les autres États, le même phénomène est notable : les textes sont plus respectueux des libertés individuelles. L'ordre public n'en demeure pas moins une finalité première.

§ II - LE SECRET DÉFENSE

La même dichotomie apparaît avec le secret défense, souvent concerné par les écoutes judiciaires et de sécurité.

161. Le terme de contingent est utilisé en 1991, 1992, 1993, 1994 ; le mot quota est usité en 1995, 1996, 1997, 1998, 1999.

162. Le Premier ministre a fixé le 1^{er} octobre 1991 un contingent de 1 180 selon la répartition suivante : 232 pour le ministère de la Défense ; 928 pour le ministère de l'Intérieur ; 20 pour le ministère chargé des douanes (Budget) ; *III^e rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1995, p. 16.

163. Le nombre total d'interceptions a été de 1 192, entre le 15 et 20 novembre 1995. *IV^e rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 14.

164. 1995 : 2 744 demandes nouvelles / 2 681 en 1994 ; 1 788 renouvellements / 1 732 en 1994 ; *IV^e rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 14.

165. Et notamment des portables (fin 1997, 25 %).

166. Soit : 330 pour le ministère de la Défense (DPSD, DGSE et gendarmerie) ; 1 190 pour le ministère de l'Intérieur (DST, RJ, PJ) ; 20 pour le ministère chargé des Douanes. La capacité opérationnelle s'est théoriquement accrue de 30 %.

Ce secret là est invisible pour presque tous les citoyens. Il est dissimulé par un nombre réduit de personnes qui agissent ainsi, non pas pour faire obstacle à la liberté d'expression, mais pour préserver les intérêts vitaux de la nation. La définition du secret défense n'a aucun caractère *matériel*. Les textes afférents au secret défense entrent dans le domaine du droit pénal. Le secret défense a besoin d'être protégé ; il est fait recours à la répression pour assurer la protection, et ce, depuis la I^{re} République¹⁶⁷. Le premier code pénal¹⁶⁸ réprime en temps de guerre le crime d'intelligence avec les puissances étrangères.

Les tentatives de définitions, les pénalités, sont récurrentes en temps de guerre ou de guerre prévisible. La Convention a élaboré un décret à un moment où la nation en armes¹⁶⁹ tentait de se défendre contre les armées étrangères des différentes puissances européennes. Napoléon s'est d'autant plus penché sur la répression que l'axe principal de son pouvoir reposait sur des guerres de conquête, en Europe, en Orient, en Russie. L'objectif de conservation du pouvoir, tel qu'il est défini par Machiavel¹⁷⁰, implique de porter les armes sur de nouveaux territoires qui sont occupés, puis administrés.

Une loi de 1886¹⁷¹ élargit l'infraction. Elle s'inscrit dans une politique de redressement national, après l'effondrement de 1870. L'armée devient le fer de lance d'une pensée qui a été illustrée par de nombreux auteurs, dont Barrès¹⁷². L'armée, qui est rarement critiquée, en raison des moyens de rétorsion dont elle dispose, devient tabou¹⁷³. Les années 1930 coïncident avec un effort de mobilisation, malgré et contre le puissant mouvement pacifiste¹⁷⁴. De gros marchés publics sont passés par le ministre des Armées avec des marchands d'armement, sur la base de prix fermes. Une loi de 1934 cerne les informations protégées par le secret¹⁷⁵.

Après l'épisode du Front populaire, et la montée de l'inflation, les marchands d'armement demandent au Conseil d'État une indemnisation sur la base de la théorie de l'imprévision. Un an plus tard, apparaissent les premières formules de révision. À la veille de la guerre, un décret procède à un classement des secrets de la Défense nationale¹⁷⁶. Malgré son ambition, il est lacunaire. Des divulgations

167. Décret du 16 juin 1793 de la Convention : « Est puni de mort tout citoyen ou étranger convaincu d'espionnage dans les places fortes et dans les armées. »

168. Code pénal, 1810.

169. Sur la guerre de 1790-1794, cf. Jacques GODECHOT, *La Grande Nation, l'expansion de la France dans le monde de 1789 à 1798*, Aubier Montaigne, 1982.

170. MACHIAVEL, *Le Prince*, Livre de Poche, 1962.

171. La loi du 18 avril 1886 englobe les « plans écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'État ».

172. De Barrès, lire notamment : *Colette Baudroche*, Livre de Poche ; *La Colline inspirée*, Livre de Poche.

173. Cf. affaire Dreyfus.

174. Sur le mouvement pacifiste, cf. Jean BARRIA, *L'Utopie ou la guerre. D'Érasme à la crise des euromissiles*, Louvain-la-Neuve, Ciaco, 1986.

175. La loi du 10 janvier 1934 vise les « renseignements secrets d'ordre militaire, diplomatique ou économique intéressant la défense ou la mobilisation économique du territoire français ».

176. Ce classement est considéré comme prioritaire.

échappent à l'incrimination, alors que des infractions légères sont lourdement sanctionnées¹⁷⁷.

Dans l'après-guerre, la complexité de l'évolution technologique rend problématique l'appréhension du secteur relevant du secret de la Défense nationale. Les plus hautes autorités de l'État apprécient le caractère secret d'une information selon son contenu. L'approche du secret défense s'appuie sur une méthodologie qui valorise la nature des éléments liés à la sûreté de l'État¹⁷⁸, la qualité des personnes ayant accès au secret¹⁷⁹. L'ordonnance du 7 janvier 1959¹⁸⁰ sur l'organisation de la défense donne à la notion de défense un caractère global. Le concept de secret défense ne relève plus seulement des questions militaires.

Les notions de secret dans le domaine des affaires étrangères et dans celui des douanes paraissent obéir aux mêmes règles. En fait, elles n'ont pas de portée juridique. La définition du secret défense a un caractère *formel*, surtout depuis l'ordonnance de 1960¹⁸¹, publiée pendant la guerre d'Algérie, alors que Michel Debré est Premier ministre : ce sont les autorités publiques qui évaluent le caractère secret d'une information.

Cette notion de secret défense est reconnue internationalement, et appliquée au niveau national. La commission consultative du secret de la Défense nationale affine les relations entre secret défense et entités juridictionnelles.

I - LA RECONNAISSANCE DU SECRET DÉFENSE

Le secret défense est reconnu par les juridictions internationales ; des références étrangères ou européennes sont à prendre en considération.

177. Le décret loi du 29 juillet 1939 concerne « les renseignements d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel, qui, par leur nature, ne doivent être connus que des personnes qualifiées pour les détenir et doivent, dans l'intérêt de la Défense nationale, être tenus secrets à toute autre personne ».

178. Le support est un renseignement, un document, plan, carte, écrit, objet ou procédé. Cf. rapport de Bernard Grasset, fait au nom de la commission de la Défense nationale et des forces armées, sur le projet de loi n° 593, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, le 5 février 1998, p. 8.

179. L'accès implique l'habilitation (cf. *infra*).

180. L'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 sur l'organisation de la défense.

181. L'ordonnance du 4 juin 1960 abroge le décret loi du 24 juillet 1959, et « protège tout renseignement, objet, document, procédé, qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la Défense nationale ». Article 74 *et s* du code pénal.

A - Les juridictions internationales

1. La Cour internationale de justice

Sans employer le terme de secret défense¹⁸², elle utilise le concept. Le principe a été consacré et appliqué lors de deux litiges entre États : l'affaire du Détroit de Corfou entre la Grande-Bretagne et l'Albanie (1949) et l'affaire opposant en 1986 les États-Unis au Nicaragua. La Cour a acté le refus de communication de certains documents.

2. La Cour de justice des communautés européennes

Le Traité de Rome stipule qu'« aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de la sécurité ».

Chaque État est libre d'arrêter le dispositif qui lui paraît le plus conforme à ses intérêts et à sa tradition juridique¹⁸³. La CJCE peut demander aux parties la fourniture d'informations. Elle prend acte des refus¹⁸⁴. La théorie n'a pas été confirmée, la jurisprudence étant quasiment inexistante.

3. La Cour européenne des droits de l'homme

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit la possibilité de limiter la réception ou la communication des informations, au nom de l'intérêt supérieur de l'État.

En 1976, la CEDH¹⁸⁵ traite du cas d'un militaire qui avait été condamné à trois mois d'affectation dans une unité disciplinaire sur la base de l'article 147 du code pénal militaire néerlandais¹⁸⁶ : il avait participé à l'édition et à la diffusion d'un journal prétendument séditionnel.

Après avoir épuisé les voies directes internes, M. H. Engel et autres introduisent une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ils estiment que l'application en cas d'espèce de l'article 147 du code pénal néerlandais est contraire au principe de liberté d'expression proclamé dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

182. L'article 49 du statut de la Cour internationale de justice précise : « La Cour peut, même avant tout débat, demander aux agents, de produire tout document et fournir toutes explications. En cas de refus, elle en prend acte. »

183. Article 223 du traité de Rome, deuxième et troisième alinéas : « b) Tout État-membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de matériels et de matériel de guerre. »

184. Article 21 du statut de la CJCE : « La Cour peut demander aux parties de produire tous documents et de fournir toutes informations qu'elle estime désirables. En cas de refus, elle prend acte. »

185. CEDH, Engel et autres.

186. Pays-Bas, 8 juin 1970.

L'État défendeur argue de ce que le code pénal n'a pas porté atteinte aux libertés fondamentales. Les demandeurs étaient militaires dans la caserne d'Ermelo où des confits étaient apparus. Ils ont droit, comme tous les citoyens, à la liberté d'expression, mais ils ont abusé de cette liberté, ont pris partie contre les autorités dans un journal qui a circulé au sein de la caserne et a participé au climat d'agitation. Ils ont bafoué la discipline militaire, se sont départis de leur devoir de réserve. Les sanctions ne présentaient aucun caractère abusif.

La CEDH, après avoir rappelé que la liberté d'expression était un fondement de la démocratie, estime que l'État néerlandais a seulement cherché à garantir l'ordre public, représenté par l'armée, et a fait prévaloir l'intérêt général. Les militaires sont tenus à plus de discrétion que les autres personnes physiques¹⁸⁷.

En 1992¹⁸⁸, un officier grec est condamné pour avoir communiqué des renseignements à une société privée. M. Hadjanastassiou travaillait à un programme d'expérimentation d'un missile. Dans sa requête, il explique qu'il n'a pas manqué à l'obligation de confidentialité. Il a diffusé des informations sans nuire à la sûreté nationale. L'État défendeur fait valoir que M. Hadjanastassiou a été condamné en raison des fonctions particulières qu'il occupait et du caractère secret qu'aurait revêtu le projet expérimental. La CEDH admet que l'État grec s'est défendu contre une atteinte à ses intérêts fondamentaux. M. Hadjanastassiou a par ailleurs manqué à une obligation de réserve stricte dans le contexte qui vient d'être décrit¹⁸⁹.

Une affaire de presse, opposant un journal aux Pays-Bas, est particulièrement instructive en matière de secret défense¹⁹⁰. Un périodique, *Bluf*, dans un but avéré d'information, avait publié un rapport confidentiel du service de sécurité intérieure, auquel était reproché l'opacité de son fonctionnement. *Bluf* avait été sanctionné. Après épuisement des voies de recours interne, *Bluf* introduit une requête auprès de la CEDH. Il a été porté atteinte à la liberté de la presse composante de la liberté d'expression, alors que l'État ne courait aucun danger. Le service de sécurité intérieure a eu un comportement discriminatoire. Par la rétention de ces rapports, qualifiés de secrets, les Pays-Bas ont manqué aux idéaux démocratiques auxquels se réfèrent le Conseil de l'Europe et la CEDH.

La Cour reconnaît un fondement à des informations de nature secrète : le secret garantit la sécurité de l'État démocratique. Cependant, le secret ne sera pas discriminatoire. Il est possible d'interdire la publication de textes qui sont placés

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

188. CEDH, Hadjanastassiou c/Grèce, 1992.

189. CEDH : « L'intéressé, responsable au KETA d'un programme d'expérimentation d'un missile, se trouvait astreint à une obligation de réserve pour tout ce qui touche à l'exercice de ses fonctions. » CEDH, Hadjanastassiou c/Grèce.

190. CEDH, arrêt Verenignig Weekblad Bluf c/Pays-Bas, 9 février 1995.

sous la protection discrète d'autorités publiques. À partir du moment où ces textes ont une diffusion, même restreinte, auprès du public, le refus d'accessibilité aurait été discriminatoire et aurait constitué une atteinte à la liberté d'expression¹⁹¹.

B - Les références étrangères et européennes

1. Les États-Unis

La jurisprudence y admet le privilège de l'exécutif dans les matières touchant à la sécurité de l'État. Dans les autres domaines, le juge examine, apprécie le bien-fondé du secret.

La loi sur l'espionnage économique¹⁹² de 1996 érige en délit l'interception de secrets commerciaux, au bénéfice d'un gouvernement ou d'un agent étranger, aux dépens du légitime propriétaire du secret. Ce dernier a pris toutes les mesures raisonnables pour que l'information ne puisse pas être captée par des moyens licites. Le délit concerne les actes accomplis aux États-Unis, ou en dehors si l'auteur est un citoyen américain ou un résident étranger, ou encore un organisme contrôlé par un citoyen américain. Les audiences ne sont pas publiques. La confidentialité des informations est préservée à ce stade.

2. Les références européennes

Les tomes V et VI du traité de Maastricht sont relatifs à la politique étrangère et de sécurité. Les problèmes de classification des informations et d'habilitation des personnes ne sont pas encore réglés par l'Union européenne.

2.1. Le Royaume-Uni

La jurisprudence considère depuis 1965 que les ministres ne sont plus les seuls détenteurs de l'intérêt public. Les tribunaux sont habilités à arbitrer entre l'intérêt public et l'intérêt de la justice. À plusieurs reprises, il a été admis que l'intérêt de la justice devait prévaloir. Le principe ne s'applique plus si la diffusion de l'information cause un tort substantiel en matière de défense, de sécurité, de sécurité nationale, de secrets diplomatiques.

Qu'est-ce donc qu'un tort substantiel ? C'est ce qu'il convient de déterminer. Le gouvernement a fait évoluer sa position sur les certificats d'immunité, au nom de l'intérêt public. En 1996, il fait savoir que les ministres ne peuvent invoquer l'immunité que lorsque la diffusion de documents confidentiels risque de causer un « réel tort ».

191. « La Cour reconnaît que le bon fonctionnement d'une société démocratique fondée sur la primauté du droit peut exiger des institutions comme le BUD, qui, pour être efficace, doit opérer en secret et recevoir la protection nécessaire. Un État peut aussi se protéger des agissements des individus et des groupes qui tentent de porter atteinte aux valeurs essentielles d'une société démocratique. » CEDH, arrêt *Verenignig Weekblad Bluf*.

192. *Economic Espionage Act* de 1996.

2.2. L'Allemagne

Elle prévoit que des informations¹⁹³ puissent ne pas être communiquées lorsque cela risque de nuire au bon fonctionnement de la Fédération ou d'un Land, mais un tribunal du fond peut se prononcer, à la demande de l'une des parties, sur le refus opposé par l'administration.

2.3. L'Espagne

En 1997, le Tribunal suprême a eu l'occasion de se prononcer sur le refus du Conseil des ministres de déclassifier certains documents secrets, lors d'affaires impliquant les groupes anti-terroristes de libération GAL. Il a reconnu la supériorité du droit à la justice sur le principe de sécurité de l'État. La loi a introduit ce principe. Les juges ont désormais la possibilité de demander au Conseil des ministres la déclassification de certaines informations.

Les relations entre secret défense et tribunaux qui peuvent apprécier le caractère secret de certains documents et informations sont au cœur du problème de secret défense. La France était en retard sur la plupart des pays voisins jusqu'en 1998.

C - La France et le secret défense

1. Le contexte général

1.1. Les sources du droit et les autorités

C'est au Premier ministre¹⁹⁴ que revient la compétence de prescrire les mesures susceptibles d'assurer la protection des secrets et des informations sensibles. Il est assisté par le secrétaire général de la défense nationale¹⁹⁵ qui propose, diffuse, applique, contrôle les mesures afférentes à la protection du secret de la Défense nationale. Chaque ministre organise la protection des informations secrètes.

Le ministre de la Défense, qui a autorité sur l'ensemble des forces et services des armées, désigne un membre de son cabinet comme responsable de la sécurité et de la défense. Ce dernier travaille avec la Direction de la protection et de la sécurité¹⁹⁶ qui assume la fonction de protection du secret.

Les autres ministres se font aider par un haut fonctionnaire de la défense¹⁹⁷, qui dépend du ministre, et qui est responsable de l'application des dispositions relatives à la sécurité et à la protection secret. Les autorités civiles et militaires, à tous les niveaux, sont responsables des mesures de sécurité.

193. Code allemand des juridictions administratives.

194. Responsable de la Défense nationale en application de l'article 9 de l'ordonnance du 7 janvier 1959.

195. SGDN.

196. DPS.

197. HFD.

Les entreprises publiques ou privées titulaires de marchés classés¹⁹⁸ de « défense nationale » délèguent un agent central de la sécurité qui exerce une coordination entre les entreprises et le contrôle indispensable au secret défense.

En matière de classification, les décrets du 12 mai 1981¹⁹⁹, puis celui du 17 juillet 1998 abrogeant le décret de 1981, procèdent à une classification des informations. En 1994, le code pénal est modifié.

Un article 413-6 est ainsi inséré et rédigé, sur « les niveaux de classification des renseignements, procédés, objets, documents, données informatiques ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale [qui] sont prévus ».

Les deux premiers niveaux de classification correspondent à des secrets « par nature ».

– La mention « Très Secret Défense » est relative aux informations ou supports protégés dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale et à la sûreté de l'État et qui concernent les priorités gouvernementales en matière de défense²⁰⁰.

– La mention « Secret Défense » est afférente aux informations ou supports protégés dont la divulgation n'a d'autre objet que de nuire à la Défense nationale et à la sûreté de l'État, notamment à la capacité des moyens de défense.

Le troisième niveau de classification correspond à un secret par extension. La mention « Confidentiel Défense » concerne les informations qui ne présentent pas en elles-mêmes un caractère secret mais dont la divulgation pourrait nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret défense classifié au niveau « très Secret Défense » ou « Secret Défense ».

Les personnes qui veulent accéder à des informations classifiées doivent être reconnues comme ayant « besoin d'en connaître » pour l'exercice de leur fonction professionnelle, obtenir une décision d'« agrément » ou d'« admission »²⁰¹, après une procédure d'habilitation déterminée par le Premier ministre. Les fonctionnaires titulaires de l'État, s'ils sont considérés comme « ayant besoin d'en connaître », n'ont pas à subir la procédure d'habilitation pour l'accès au niveau « Confidentiel Défense », avec une exception pour les fonctionnaires du ministère de la Défense et les militaires de carrière.

Les informations peuvent enfin faire l'objet d'une diffusion restreinte sans être secrètes ; elles ne sont pas portées à la connaissance du public lorsqu'elles relèvent d'États étrangers dans le cadre d'accords de sécurité²⁰².

Les niveaux de classification par nature ou par extension ont donné lieu à des précisions en 1994²⁰³ en matière de secret de la Défense nationale :

198. Décret n° 81-514 du 12 mai 1981 et décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 abrogeant le décret de 1981.

199. Arrêté n° 94-167 du 25 février 1994.

200. Article 4 du décret du 12 mai 1981 ; article 1 du décret du 17 juillet 1998 qui donne la liste des informations ou supports susceptibles d'être protégés par rapport au décret de 1981 ; les ajouts consistent en données et filières informées.

201. L'agrément n'a pas un caractère continu : il autorise certaines personnes, dans un cadre professionnel, de prendre connaissance, à titre ponctuel ou occasionnel, d'information « Très Secret Défense » ou « Secret Défense ».

202. Articles 2 et 6 du décret du 12 mai 1991.

203. Arrêté du 25 février 1994 relatif à la détermination du niveau de classification de certains secrets de la Défense nationale.

– Sont classifiés « Très Secret Défense » les secrets de la Défense nationale dénommés : Très Secret Cosmic, Cosmic Top Secret, Très Secret Atomal, Atomal Top Secret, Très Secret Focal, Top Secret Focal.

– Sont classifiés « Secret Défense » les secrets de la Défense nationale dénommés : Secret Otan, Nato Secret, Secret Atomal, Secret Ueo ou Weu Secret.

– Sont classifiés « Confidentiel Défense » les secrets de la Défense nationale dénommés : Confidentiel Otan, Confidentiel Atomal, Atomal Confidentiel, Nato Confidential, Confidentiel Ueo, Weu Confidentiel.

Font l'objet d'une diffusion restreinte les informations suivantes : Diffusion restreinte Otan, Nato restricted, Diffusion restreinte Atomal, Atomal Restricted, Diffusion restreinte Ueo, Weu restricted.

1.2. Une législation spécifique pour certains domaines

Certaines opérations immobilières font l'objet d'une enquête publique préalable. Cette publicité trouve vite ses limites quand des installations de défense sont en jeu.

Ainsi, l'expropriation pour cause d'utilité publique donne lieu à une enquête, sauf lorsque²⁰⁴ des opérations secrètes intéressant la Défense nationale peuvent être déclarées d'utilité publique par décret, sans enquête préalable, sur avis conforme de la Commission d'examen des opérations immobilières présentant un caractère secret²⁰⁵.

La réalisation de nombreux ouvrages et travaux est conditionnée par des enquêtes publiques²⁰⁶. Des exemptions d'enquêtes publiques sont possibles depuis 1985²⁰⁷. Elles concernent :

– Les aménagements, ouvrages ou travaux portant sur les immeubles de transmission et de fabrication de matériels militaires et de munitions, les entrepôts de réserve générale, les dépôts de munitions, les bases de fusées, les stations radiogoniométriques, les centres radioélectriques de surveillance.

– Les aménagements, ouvrages ou travaux exécutés à l'intérieur des arsenaux de la marine, des aérodromes militaires et des grands camps.

– Les aménagements, ouvrages ou travaux dont le caractère secret a été reconnu par décision de portée générale ou particulière du Premier ministre ou du ministre compétent.

Les exemptions s'appliquent à l'approbation, à la modification, à la révision d'un document d'urbanisme, quand cette approbation, cette modification, cette révision, ont pour unique objet de permettre la réalisation d'une opération entrant dans le champ d'application des paragraphes précédemment mentionnés. Par

204. Cf. article L. 11-3 du code de l'expropriation.

205. La Commission d'examen des opérations immobilières présentant un caractère secret a été créée en 1987. Elle comprend un conseiller d'État, président, la SGDN, un représentant du ministère de la Défense, le directeur général des Impôts, tous tenus au secret.

206. Cf. l'article 2 de la loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques stipule : « Le déroulement de l'enquête doit s'effectuer dans le respect du secret de la Défense nationale, du secret industriel et de tout secret protégé par la loi. »

207. En vertu du décret du 5 juillet 1981.

ailleurs, les constructions ou travaux couverts par le secret de la Défense nationale, les constructions ou travaux relatifs à la Défense nationale²⁰⁸ sont exemptés du permis de construire.

Enfin, les procédures de contrôle *a priori* prévues en droit de l'environnement, effectuées par des polices administratives spéciales sur les sources de pollution éventuelles, s'adaptent au secret défense. Les procédures de contrôle effectuées dans des installations dépendant du ministère de la Défense, et inscrites sur une liste, sont réalisées par des inspecteurs relevant du ministère de la Défense et habilités secret défense.

Les marchés publics concernant la Défense sont soumis à des procédures particulières en matière de passation. Ils sont dispensés de la mise en concurrence et sont négociés²⁰⁹.

L'administration est moins opaque depuis que des lois sont intervenues pour faciliter l'accès des citoyens à certaines informations. Néanmoins, des exceptions ont été constituées pour préserver le secret défense.

a) La loi de 1978 sur l'accès aux documents administratifs envisage des mesures d'amélioration pour faciliter les relations entre l'administration et le public. Les documents sont de plein droit communicables aux personnes qui en font demande, sauf si le secret de la Défense nationale est en jeu.

La loi de 1978²¹⁰ a créé la Commission d'accès aux documents administratifs²¹¹, entité administrative indépendante de l'État chargée de surveiller l'effectivité de la liberté d'accès aux documents administratifs. La CADA émet un avis sur les demandes de particuliers qui se sont vu opposer un refus par l'administration de communication d'un document ; elle conseille les administrations qui la saisissent pour apprécier une disposition de la loi ou pour lui soumettre des projets d'arrêtés concernant les documents qui ne peuvent être légalement communiqués au public. La CADA a toujours estimé²¹² que le secret avait été licitement opposé par l'administration au demandeur et a rendu elle-même un avis défavorable à la communication du document.

b) L'accès aux archives publiques prévoit, depuis 1979²¹³, un délai de trente ans pour la libre consultation des archives publiques. Le délai²¹⁴ est plus long pour les documents qui contiennent des informations mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'État ou la Défense nationale.

208. En vertu de l'article L. 422-1 du code de l'urbanisme.

209. L'article 104 du code des marchés publics permet la passation de marchés sans la moindre concurrence. Cette possibilité est réduite, considérée comme contraire à l'esprit du code des marchés publics. Chaque emploi de cet article fait l'objet d'une motivation explicite dans le rapport de présentation adressé à la personne responsable du marché, par le contrôleur financier, et, éventuellement, à partir d'un certain seuil, par une commission spécialisée dépendant de la Commission centrale des marchés.

210. Loi du 17 juillet 1978.

211. CADA.

212. Seulement six fois en quinze ans, selon Nicolas About, rapporteur au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des forces armées. Rapport annexé au procès-verbal du Sénat de la séance du 5 mars 1998, p. 12.

213. La loi du 3 janvier 1979.

214. Le délai est porté à soixante ans. Entre temps, le secret défense est devenu obsolète.

c) L'obligation de motiver certains actes administratifs, en vigueur depuis 1979, ne s'applique pas en cas de secret défense²¹⁵. L'effort en matière de transparence demeure, mais il n'est pas un obstacle à la préservation de l'intérêt public qui nécessite le recours au secret défense.

2. Le secret défense face au Parlement et aux juridictions

2.1. Secret défense et Parlement

Le Parlement a entre autres comme rôle le contrôle de l'exécutif. Les commissions parlementaires d'enquête permettent de recueillir des éléments d'information soit sur des faits, soit sur la gestion des services publics. Les rapporteurs de ces commissions opèrent une vérification sur place, sur pièces ; un refus pour des renseignements sollicités ne peut leur être opposé, sauf si les renseignements en question révèlent un caractère secret, relatif à la Défense nationale, aux affaires étrangères, à la sécurité de l'État.

Cette limitation par le secret défense²¹⁶ a été étendue non seulement aux commissions d'enquête mais aussi aux commissions permanentes et commissions spéciales, instituées pour une mission déterminée et une durée n'excédant pas six mois²¹⁷, à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, délégation parlementaire commune à l'Assemblée nationale et au Sénat. L'Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques, également commun à l'Assemblée nationale et au Sénat, a un pouvoir d'investigation limité par le secret défense²¹⁸. Ce dernier s'applique même aux rapporteurs du budget d'un département ministériel²¹⁹, alors que la première tâche du Parlement, dans l'histoire de France, a été le recouvrement de l'impôt, que rejoint la notion actuelle de budget.

L'exécutif a décidé que le Parlement ne pouvait ni contrôler ni même connaître les éléments couverts par le secret défense. Cette position se justifie²²⁰ par le recours au concept d'intérêt supérieur de l'État, représenté par les autorités administratives, et non par le législatif. Elle est énoncée officiellement aux débuts de la

215. La loi du 17 février 1986 stipule que « doivent être motivées les décisions qui refusent une autorisation sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 ».

216. Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

217. Article 5 bis et 5 ter de l'ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958.

218. « L'office reçoit communication de tous renseignements d'ordre administratif et financier..., il est habilité à se faire communiquer tous documents de service [...] réserve faite [...] des sujets de caractère secret concernant la Défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État. » Article 6 quinquies de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958.

219. « Les rapporteurs du budget reçoivent tous les renseignements d'ordre financier et administratif de nature à faciliter leur mission, ainsi que tous documents de service... réserve faite... des sujets de caractère secret concernant la Défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure et extérieure de l'État. » Article 10-4 dernier alinéa, de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958.

220. Par les ordonnances.

V^e République, à une époque où le président de la République et le chef du gouvernement ne cessent de critiquer l'excès de parlementarisme dont aurait souffert la IV^e République et perdue depuis²²¹.

2.2. Secret défense et juridictions

La procédure d'habilitation au secret défense est une prérogative que s'est adjugée l'exécutif. Sa source est l'instruction interministérielle n° 1300 du SGDN du 12 mars 1982²²². L'instruction est un document de diffusion restreinte²²³.

La juridiction administrative a élaboré une jurisprudence respectueuse du secret défense, bien qu'elle n'ait pas renoncé à demander des explications sur les motifs de refus.

Dans l'arrêt de principe de 1955, secrétaire d'État à la Guerre c/Coulon²²⁴, le Conseil d'État a décidé que le secret était opposable au juge administratif, que le refus opposé par l'autorité administrative ne pouvait être remis en cause. Néanmoins, le juge est en droit de demander les motifs du refus.

En fait, l'exécutif a tendance, par commodité, à classer des documents qui ne présentent pas toujours un caractère secret. Cette opinion a été établie sur la base d'indices et de recoupements. Mais, hormis le cas rarissime de la levée du secret défense, le juge n'a pas les moyens de déterminer si la classification avait un fondement licite. La demande de motivation oblige cependant les autorités administratives à réfléchir et à élaborer une auto-évaluation d'un travail qui présente peut être un caractère trop peu sélectif.

C'est ainsi que le juge a obtenu la déclassification de plusieurs informations²²⁵ ; il a exercé un contrôle²²⁶. Il a étendu le champ des secrets protégés par la loi²²⁷. Le Conseil d'État a mis en forme sa jurisprudence à l'occasion des deux avis des 19 juillet et 29 août 1974, rendus dans le cadre de l'affaire des micros du *Canard enchaîné*. Dans ces avis, l'obligation de non-divulgaration des secrets de la Défense

221. Cf. Loi du 8 juillet 1983 créant l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques. Loi du 14 juin 1996 créant l'Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques.

222. Cette instruction protège le secret des informations concernant la Défense nationale et la sûreté de l'État.

223. Cela a été confirmé dans l'avis de la CADA du 24 octobre 1985, syndicat CFDT des métallurgistes du nord de la Seine. La consultation de cette instruction aurait porté atteinte au secret de la Défense nationale.

224. Conseil d'État, secrétaire d'État à la Guerre c/Coulon, 11 mars 1955 (Lebon, p. 150).

225. Conseil d'État, sieur Foucher-Créteau, 14 mai 1962.

226. Conseil d'État, Mme Dugour, 30 octobre 1962 ; Conseil d'État, sieur Houhou, 20 octobre 1963 ; l'acte attaqué a été annulé faute de base légale (Lebon, p. 468).

227. Conseil d'État, ministre des Affaires sociales et de la Solidarité nationale c/M. et Mme Cajarville, 27 mai 1983 (Lebon, p. 219). « Le juge administratif du premier degré est tenu de ne statuer qu'au vu des seules pièces du dossier dont il est saisi [...] rien ne s'oppose à ce [...] qu'il prenne toutes mesures de nature à lui procurer par les voies de droit, tous éclaircissements, même sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion ; il a la faculté [...] de convier l'autorité responsable à lui fournir toutes informations susceptibles de lui permettre, sans porter atteinte [...] aux secrets garantis par la loi, de se prononcer en pleine connaissance de cause, il lui appartient, dans le cas où un refus serait opposé à une telle demande, de joindre cet élément de décision, en vue du jugement à rendre, à l'ensemble des données. »

nationale est réaffirmée ; elle justifie le refus de communication du juge. Ce dernier se doit, de son côté, de s'assurer auprès du ministre de la légitimité de ce refus.

En cas de confirmation du refus, le juge en prend acte²²⁸. Le juge s'est trouvé confronté à un petit nombre d'affaires relevant du secret défense :

– S'il y a violation du secret, et si le tribunal est confronté à des informations couvertes par le secret, l'auteur de la divulgation illicite est condamné.

– S'il y a tentative de divulgation, le juge aimerait accéder aux informations. Dans les faits, le gouvernement refuse l'accès aux sources, en s'appuyant sur le secret défense. Le juge n'est pas véritablement en état de protéger les libertés individuelles. La Chambre d'accusation de Paris, en 1975²²⁹, a confirmé l'impossibilité pour le juge de contester le caractère du secret ; elle a cependant indiqué que le rôle du magistrat instructeur consistait à apprécier si le secret est mis en danger par les mesures d'instruction. Selon Bernard Grasset²³⁰, « la décision de la Chambre d'accusation de Paris, le 27 mai 1987, à l'occasion du *vrai-faux* passeport d'Yves Chalié, souligne les difficultés de l'autorité judiciaire "devant l'obstacle du secret" ».

Les critiques portent pour l'essentiel sur l'utilisation du secret défense. L'instruction ministérielle de 1983²³¹ indiquait qu'il convient « d'éviter tout abus de classifications élevées car il aboutit à un abaissement de la valeur attachée au secret ».

Les « affaires » ont été médiatisées et elles ont donné une mauvaise image du secret défense à l'opinion publique. La société civile nourrit parfois l'impression que l'État manque à l'obligation de transparence sans raison valable. Il y a perte de légitimité. Cette assertion a été notamment soutenue par M. Bertrand Warusfel²³². L'aspect formel de la définition du secret défense explique en partie cette réactivité négative.

Le code pénal illustre cette tendance : « Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation » se substituent aux « crimes contre la sûreté de l'État²³³ ». La notion de puissance étrangère est élargie puisqu'elle inclut les organisations et personnes morales étrangères ou sous contrôle étranger, et leurs agents.

228. Dans l'avis du 19 juillet 1974, il est indiqué : 1) Quiconque est détenteur d'un secret de la Défense nationale ne peut le divulguer. Cette obligation doit être opposée même à la juridiction. Le secret de la Défense nationale n'étant pas défini par la loi, il appartient au gouvernement d'établir explicitement le catalogue des informations couvertes par le secret de la Défense nationale, de désigner les personnes qualifiées pour les détenir et d'en assurer la protection ; cette protection s'étend, le cas échéant, à l'identité de certaines personnes elles-mêmes couvertes par le secret. 2)... C'est à l'autorité responsable qu'il appartient de décider des communications à faire. 3) Quand la juridiction se trouve placée devant un refus de communication ou de témoignage, elle peut s'assurer auprès du ministre compétent de la légitimité de ce refus.

229. Décision de la Chambre d'accusation de Paris, 21 mai 1975.

230. Cité dans le rapport enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale.

231. L'instruction ministérielle du 4 novembre 1983.

232. Bertrand WARUSFEL, « Le secret de la Défense nationale », thèse de droit, Paris V, 1994.

233. Article 410.1 : « Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel. »

L'article 413-9²³⁴ prévoit la répression des atteintes au secret de la Défense nationale et tente une définition formelle du secret défense. Des sanctions pénales hiérarchisées sont prévues en fonction de la nature des atteintes au secret défense. Les personnes habilitées, dépositaires du secret défense, sont le plus lourdement pénalisées²³⁵. Les autres délits sont assortis de sanctions moins graves²³⁶ ; l'article 413-12 prévoit que la tentative de délits est punie des mêmes peines.

3. Le secret défense, la loi de 1991 et la CNCIS

Les membres de la CNCIS accèdent directement aux informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission : en matière d'interception de sécurité, la motivation des demandes repose souvent sur des documents, des procédés, des objets, qui sont protégés par le secret. La loi de 1991²³⁷ soumet les membres de la CNCIS au respect du secret de la Défense nationale.

Certaines affaires ont constitué une dérive, puis une leçon de pédagogie.

L'affaire Schuller-Maréchal a, dans un premier temps, embarrassé les autorités, puis donné aux tribunaux et à la CNCIS l'occasion de faire œuvre pédagogique.

3.1. L'affaire Schuller-Maréchal

Cette affaire révèle un dysfonctionnement apparent, mais la jurisprudence a rempli son office et la CNCIS a joué son rôle. Ce cas est d'autant plus intéressant qu'il concerne la juridiction judiciaire et le droit public, les écoutes dites judiciaires et les écoutes de sécurité.

Didier Schuller, élu d'Île de France, était l'objet d'une instruction diligentée par Éric Halphen, juge au TGI de Créteil. Cette instruction avait été médiatisée non seulement par les journaux humoristiques ou la presse à scandale mais par la

234. Article 413-9 : « Présentent un caractère de secret de la Défense nationale au sens de la présente section, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la Défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion. Peuvent faire l'objet de telles mesures les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont la divulgation est de nature à nuire à la Défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la Défense nationale. »

235. Article 413-10. « Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende le fait, par toute personne dépositaire, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui a un caractère de secret de la Défense nationale, soit de le détruire, détourner, soustraire ou de le reproduire, soit de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée. Est puni des mêmes peines le fait, par une personne dépositaire, d'avoir laissé détruire, détourner, soustraire, reproduire ou divulguer le renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier. »

236. Article 413-11 : « Est puni de cinq ans d'emprisonnement de 500 000 F d'amende le fait, par toute personne non visée à l'article 316-10 de : 1) S'assurer la possession d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée, fichier qui présente le caractère d'un secret de la Défense nationale. 2) Détruire, soustraire et reproduire de quelque manière que ce soit un tel renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier. 3) Porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée un tel renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée, fichier. »

237. Article 13 de la loi de juillet 1991.

presse jouissant d'une réputation de sérieux²³⁸ : l'enjeu ne paraissait pas seulement circonscrit à une éventuelle infraction mais s'élargissait au rôle, à la fonction, à l'image de la classe politique.

En octobre 1994, Jean-Pierre Maréchal, psychiatre, beau-père d'Éric Halphen, contacte Didier Schuller, lui promet d'informer Éric Halphen dans un sens favorable aux intérêts de Didier Schuller, moyennant un « dédommagement » et un avancement de carrière pour sa fille et son gendre. Didier Schuller en informe le 15 décembre 1994 le directeur central de la police judiciaire. Cette dernière, devant les révélations de Didier Schuller, ouvre une enquête, demande l'obtention d'une autorisation d'interception de sécurité. Le motif invoqué : l'article 3 « crime et délit organisé », procédure : extrême urgence. Autorité demanderesse : le ministre de l'Intérieur²³⁹. Service demandeur : la Direction centrale de la police judiciaire²⁴⁰.

L'autorisation est accordée sur la base de l'extrême urgence. Le 17 décembre 1994, les fonctionnaires de police se rendent au domicile de Didier Schuller afin d'assister à l'appel téléphonique que ce dernier devait passer à Jean-Pierre Maréchal. Les fonctionnaires de police procèdent à l'enregistrement de cette communication par apposition d'un dispositif relié au combiné de l'appareil.

Le 18 décembre 1994, Schuller rappelle Maréchal en présence des enquêteurs, qui, de nouveau, procèdent à l'enregistrement de la conversation et à la retranscription de la bande magnétique.

Le procès-verbal permet de savoir qu'un rendez-vous a été pris à Roissy en vue d'une remise d'une certaine somme d'argent par Didier Schuller à Jean-Pierre Maréchal. Le 19 décembre 1994, des policiers se sont fait remettre une somme de un MF en billet de 500 F²⁴¹ et ont prêté les billets à Schuller qui leur a transmis le signalement de Maréchal. Le 20 décembre, le scénario préalablement établi par la police et Didier Schuller se concrétise : des policiers ont pu constater que Didier Schuller remettait un sac²⁴² à un personnage par la suite identifié comme étant Jean-Pierre Maréchal²⁴³. Ce dernier a été interpellé le même jour, déféré le 21 décembre 1994 devant le procureur de la République. Une information est ouverte sur les chefs d'extorsion de fonds²⁴⁴

238. *Le Monde*, *Le Figaro*, etc.

239. Alors Charles Pasqua.

240. La justification du motif : complices à identifier. Cf. *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 52, 53, 54.

241. Les numéros de billets ont été relevés.

242. Le sac contient la somme préalablement rassemblée.

243. Tous ces éléments ont été rassemblés, non pas dans la presse, mais dans le *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 27 à 31, p. 27 à 31, p. 48 à 62. Extorsion de fonds : l'extorsion est le fait d'obtenir par la violence ou menace de violence une remise de fonds (art. 312, éd. 1, code pénal). La violence est définie comme une force irrésistible dominant la volonté de celui qui la subit et lui inspire la crainte d'un danger grave, certain, imminent. L'extorsion est punie de 7 ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

244. Trafic d'influence : prévu pour les autorités publiques et les particuliers. « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, de solliciter des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques. soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois ou autre décision favorable. Est puni de la même peine le fait d'obtenir des promesses, des dons, des présents ou des avantages. »

et de trafic d'influence²⁴⁵. Jean-Pierre Maréchal est mis en examen et placé sous contrôle judiciaire.

Les institutions font la preuve de leur bon fonctionnement, au niveau judiciaire, au niveau administratif.

a) La licéité des écoutes est mise en cause par l'institution judiciaire

Le 23 décembre 1994, le juge d'instruction chargé d'instruire l'information contre Jean-Pierre Maréchal saisit la chambre d'accusation afin que cet organisme se prononce sur la régularité d'enregistrements réalisés par des fonctionnaires de police ayant agi dans le cadre d'une enquête préliminaire. Le magistrat ne souhaite pas s'appuyer sur des preuves dont la légalité ne lui paraît pas évidente ; il connaît la jurisprudence en la matière²⁴⁶.

Un arrêt sur requête en annulation de pièces est rendu par la Cour d'appel de Paris²⁴⁷. Les points de vues juridiques sont énoncés clairement.

• L'avocat général rappelle que les articles 100 à 100-7 du code de procédure pénale, qui donnent au seul juge d'instruction le pouvoir d'autoriser des interceptions de communications téléphoniques, sont inapplicables lorsque la victime ou des enquêteurs envisagent d'enregistrer une conversation en présence du titulaire de la ligne ou de l'auteur de l'appel.

Dans ce contexte²⁴⁸, l'autorité publique ne porte pas atteinte au secret de la correspondance²⁴⁹. Mais :

- les enquêteurs ont pour mission²⁵⁰ de constater les infractions, de rassembler des preuves, d'en rechercher les auteurs avant le début de l'information ;
- les policiers ont travaillé avec une personne qui s'est déclarée victime d'un délit ; ils ne sont pas à l'origine des appels téléphoniques ;
- dans l'écoute des propos et dans la transcription sur procès-verbal, ils n'ont pas eu recours à un stratagème déloyal (condamné par la jurisprudence) ; les éléments de preuve recueillis n'ont pas été soustraits à la discussion.

L'avocat général considère que la procédure ne doit pas être annulée.

- La partie civile soutient les arguments suivants :
 - l'enregistrement et la transcription de conversations téléphoniques échangées entre Didier Schuller et Jean-Pierre Maréchal ne constituent pas une interception de correspondance par voie de télécommunications²⁵¹ dans la mesure où ces conversations ont été entendues et retranscrites avec l'accord d'un correspondant ;
 - l'enquête débouche²⁵² sur une flagrance ;

245. Un procédé indétectable lors de la communication.

246. Cf. *supra*.

247. Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 février 1995, D., 1995, p. 221, note Jean Pradel.

248. Recours à un procédé indétectable lors de la communication.

249. Il est fait mention du code de procédure pénale pour le droit interne et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

250. Article 14 du code de procédure pénale.

251. Selon l'article 100 du code pénal de procédure pénale.

252. Les procès-verbaux des 17 et 18 décembre 1994. La flagrance est constituée par la constatation de l'acceptation par Jean-Pierre Maréchal d'une somme d'argent prétendument offerte par Didier Schuller, en vue de la commission d'une infraction.

– les officiers de police judiciaire étaient tenus de veiller à la conservation des indices qui pouvaient concourir à la manifestation de la vérité.

À titre subsidiaire (et si les arguments ci-dessus mentionnés n'étaient pas retenus) :

– il n'existe aucun lien de causalité entre les procès-verbaux relatifs aux conversations téléphoniques et le reste de la procédure ;

– la Cour est en droit ²⁵³ d'annuler uniquement les conversations téléphoniques, et de conserver les autres actes de la procédure ;

– les bandes magnétiques qui sont les supports d'enregistrement sont des pièces à conviction ayant la valeur d'indices²⁵⁴ et ne sont pas des actes d'information²⁵⁵.

La transcription n'est que la matérialisation du contenu.

• L'avocat de Jean-Pierre Maréchal fait valoir :

– les écoutes téléphoniques n'ont pas été autorisées par un juge d'instruction ; elles sont nulles ;

– la procédure subséquente est nulle dans la mesure où il existe bien un lien de causalité entre les écoutes, leur transcription et le reste de la procédure ;

– les écoutes entrent dans le champ d'application de la « provocation », cause de nullité.

L'avocat demande l'annulation de tous les actes de procédure²⁵⁶.

La Cour retient les faits suivants :

– Didier Schuller a attendu deux mois, avant de dénoncer aux fonctionnaires de police les propositions que lui aurait faites Jean-Pierre Maréchal. Cette dénonciation est intervenue deux jours après la perquisition opérée dans les locaux de l'association qui édite son journal électoral ;

– en présence d'officiers de police judiciaire, il a adressé trois coups de fil téléphoniques à Jean-Pierre Maréchal ;

– devant un interlocuteur hésitant, Didier Schuller a proposé la remise de fonds et provoqué un rendez-vous ;

– les fonctionnaires de police, à la demande de Didier Schuller, ont procédé à l'enregistrement de deux conversations téléphoniques, dans le cadre d'une enquête préliminaire, et en dehors des conditions prévues par la loi.

Le raisonnement suivant fonde la décision : les opérations d'écoutes judiciaires sont effectuées avec l'autorisation, et sous le contrôle du juge d'instruction²⁵⁷. Toutes les interceptions de correspondances émises ou reçues sur appareil téléphonique sont concernées par cette règle²⁵⁸.

253. Selon l'article 174, alinéa 2 du code de procédure pénale.

254. Indices de preuve.

255. Actes d'information susceptibles d'être annulés en vertu de l'article 170 du code de procédure pénale.

256. Annulation des notes D26 à D23, D38 à D42 et des actes subséquents.

257. Cf. *supra* article 100 du code de procédure pénale. « Seul le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'infirmer l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par voie de télécommunication. »

258. Référence à l'article 32 du code des Postes et Télécommunications alors en vigueur.

Les enregistrements réalisés par des fonctionnaires de police, au stade d'une enquête préliminaire, d'une conversation par apposition « d'un dispositif relié au combiné de l'appareil », même avec l'accord de l'un des correspondants, sont entachés de nullité. Par leur comportement, les fonctionnaires de police ont prêté activement leur assistance à une provocation qui avait pour but, non pas de constater un délit, mais d'inciter un délinquant potentiel²⁵⁹, inactif depuis deux mois²⁶⁰, à commettre des faits pénalement répréhensibles et à organiser une « souricière²⁶¹ » pour permettre l'interpellation.

Il s'agit d'un stratagème, qui est le résultat des écoutes illicites et de leur transcription, et de la relation faite par Didier Schuller à l'occasion du procès-verbal. Le stratagème vicie la procédure subséquente. L'ensemble des actes de procédure est annulé.

Un pourvoi en cassation est engagé contre l'arrêt du 8 février 1995. Il est formé par le procureur général près de la Cour d'appel de Paris et Didier Schuller²⁶².

- Les moyens sont tirés d'une fausse application de l'article 100 du code de procédure pénale, et d'une violation des articles 14, 100, 170, 591, 593 du code de procédure pénale.

Notamment, un moyen est tiré d'une fausse application de l'article 100 du code de procédure pénale. Le texte, qui tend à protéger le secret des correspondances par voie de télécommunications, ne s'appliquerait qu'aux interceptions effectuées à l'insu du titulaire ou de l'utilisateur de la ligne et non aux conversations écoutées par des fonctionnaires de police en dehors de leurs locaux, sur la sollicitation de l'un des correspondants qui s'estime victime d'une infraction, et souhaite que la police puisse, par ce biais, vérifier la véracité de ses dires. L'enregistrement sollicité et sa transcription seraient licites.

L'argument est rejeté par la Cour de cassation. Seul, le juge d'instruction²⁶³ peut autoriser une interception téléphonique. En aucun cas²⁶⁴, les officiers de police judiciaire ne peuvent se substituer au juge d'instruction dont les fonctions et les pouvoirs sont clairement délimités.

- La violation des articles 14, 100, 170, 591, 593 du code de procédure pénale : le principe selon lesquels les preuves sont recueillies sans artifice ou stratagème

259. Jean-Pierre Maréchal avait fait une proposition délictueuse à Didier Schuller, mais ce dernier n'avait pas alors dénoncé Jean-Pierre Maréchal à la police judiciaire.

260. Jean-Pierre Maréchal n'avait pas donné suite à sa proposition et ce sont les propos tenus par Didier Schuller qui ont amené Maréchal à commettre le délit initialement envisagé, mais apparemment abandonné.

261. Le terme est employé par le rédacteur du procès-verbal de synthèse d'enquête préliminaire et repris dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 février 1995.

262. Arrêt de la Cour de cassation (crim.) du 27 février 1996. Reproduit dans le *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, 25^e cahier, jurisprudence, dans *JCP*, 1996, IV^e Rapport d'activité de la CNCSIS, La Documentation française, 1996, p. 57-62.

263. Cf. articles 100 à 100-7 du code de procédure pénale.

264. Les officiers de police judiciaire n'ont pas de pouvoir autonome en la matière. Ils exercent leurs missions sous le contrôle et l'autorité du juge d'instruction et ne sont jamais en droit d'outrepasser cette règle. La jurisprudence, traditionnelle, est claire en la matière, surtout en matière d'enquêtes préliminaires. Les débats du Parlement lors de l'adoption de la loi de 1991 sont revenus sur ces principes qui ont été discutés et réaffirmés.

concerne la police, et non la victime ou la partie civile, qui sont libres de produire toutes les preuves qui leur paraissent utiles.

Les juridictions pénales apprécient²⁶⁵ la valeur et la validé des preuves produites. Les preuves ne seraient pas des actes d'information susceptibles d'être annulés au sens de l'article 170 du code de procédure pénale.

Le moyen est rejeté par la Cour de cassation : « Les policiers ont accompli des actes de procédure, au sens de l'article 170, c'est pourquoi ils peuvent être annulés. »

Le moyen est tiré d'une insuffisance de motifs et de la violation des articles 173, 174, 591, 593 du code de procédure pénale.

- En n'indiquant pas pourquoi les procès-verbaux annulés étaient le support indispensable de chacun des actes, la chambre d'accusation n'aurait pas justifié sa décision.

- L'annulation des procès-verbaux d'enregistrement et de transcription d'écoutes téléphoniques ne devait entraîner l'annulation que des actes qui y font explicitement référence.

La Chambre d'accusation n'aurait pas dû annuler toute²⁶⁶ la procédure subséquente, en se contentant d'invoquer la gravité des vices dont ces actes auraient été affectés, et sans établir que tous les actes de la procédure subséquente font référence aux actes.

Enfin, l'annulation du réquisitoire introductif²⁶⁷ ne se justifiait que si l'acte annulé était le support indispensable du réquisitoire introductif ; les procès-verbaux annulés n'auraient pas été le support nécessaire du réquisitoire introductif.

La Cour de cassation souligne que Didier Schuller avait, lorsqu'il avait appelé Jean-Pierre Maréchal, aiguillé les détails et les contrôles de la conversation, abordé la question financière, proposé lui-même le montant de la prébende, suscité un rendez-vous.

Une provocation a été organisée par le plaignant avec l'assistance active des policiers en vue d'inciter à la commission d'un délit. Il s'agit bien d'un stratagème qui résulte, d'une part, d'écoutes illicites, d'autre part, de la relation²⁶⁸ réalisée par Didier Schuller. Le stratagème annule toute la procédure subséquente.

L'interpellation de Jean-Pierre Maréchal a procédé d'une machination visant à « déterminer ses agissements délictueux ». Le stratagème a porté atteinte au principe de la loyauté des preuves²⁶⁹ et la Chambre d'accusation a correctement justifié sa décision. Les griefs allégués ne sont pas fondés. Le reproche concernant l'annulation du réquisitoire introductif n'est pas davantage fondé²⁷⁰.

À la suite de l'arrêt de la Cour de cassation, l'affaire est définitivement réglée au niveau judiciaire.

265. Sur la base des règles afférentes à l'administration de la preuve des infractions.

266. À l'exception d'un procès-verbal d'audition d'un témoin en date du 17 décembre 1994 (D 37).

267. C'est-à-dire annulation d'un acte.

268. « Volontairement ».

269. Une preuve déloyale est une preuve illicite et ne peut être retenue par un tribunal.

270. « Il ne saurait, notamment, lui être reproché d'avoir annulé le réquisitoire introductif, dès lors qu'en amenant le ministère public à se pourvoir, elle lui laisse le soin, au vu des pièces dont l'annulation n'est pas prononcée, antérieures aux écoutes téléphoniques, d'apprécier l'opportunité de mettre à nouveau en mouvement l'action publique. »

b) Au niveau administratif, la réaction a été également efficace.

Le véritable fondement de l'écoute est la demande d'interception de sécurité qui avait été demandée le 15 décembre 1994, sur la base de l'extrême urgence.

Une enquête est ouverte le 22 décembre 1994 par le président de la CNCIS ; une délibération a lieu le 12 janvier 1995. Le rapport 1995²⁷¹ de la CNCIS établit un historique de l'action menée par l'organisme de contrôle.

D'après la forme, la demande d'écoute de sécurité présentée par la Direction de la police judiciaire, transmise au Premier ministre par le ministre de l'Intérieur et autorisée par le Premier ministre, ne semblait pas illégale.

– le motif faisait mention de « complices à identifier ». La licéité de la motivation ne paraissait pas mise en cause : il pouvait s'agir d'une extorsion en bande organisée, entrant dans le motif « criminalité organisée²⁷² » ;

– l'extrême urgence pouvait être justifiée par l'imminence, qui avait été alléguée.

La réalité était différente :

– le motif était inexact. En fait, la demande d'une interception de sécurité sur la ligne de Jean-Pierre Maréchal, beau-père du juge Éric Halphen, était destinée « à tenter d'écarter le magistrat de l'instruction d'un dossier compromettant pour le conseiller général Schuller²⁷³ » ; la CNCIS reproduit l'avis du Conseil supérieur de la magistrature du 30 janvier 1995, saisi par le président de la République sur les conditions éventuelles du dessaisissement du juge Halphen²⁷⁴.

Le Conseil supérieur de la magistrature n'est pas favorable au dessaisissement. Il rappelle qu'un juge d'instruction exerce ses fonctions en toute indépendance²⁷⁵. Il constate que les circonstances et la chronologie des faits qui ont conduit à l'interpellation de Jean-Pierre Maréchal révèlent la volonté de porter atteinte à l'indépendance du juge d'instruction²⁷⁶ :

– le recours à la procédure d'extrême urgence, qui s'est traduite, insiste la CNCIS, par une intervention personnelle « sans précédent²⁷⁷ » du directeur de la police judiciaire auprès du général commandant le GIC ne répondait pas aux exigences de la commission²⁷⁸.

En l'espèce, il n'existait aucun risque imminent d'un acte de très grande gravité. Il s'agit, selon la CNCIS, d'un « usage abusif » de la procédure d'extrême urgence. La commission a toujours été vigilante à l'égard de la procédure

271. *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996.

272. Au sens de l'article 312.6 du code pénal.

273. *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 27.

274. Avis du Conseil supérieur de la magistrature du 30 janvier 1995, reproduit dans le *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 48.

275. « Ce qui implique qu'il ne soit soumis à aucune pression directe ou indirecte, que l'origine en soit politique, judiciaire, économique, médiatique ou familiale. » Avis du Conseil supérieur de la magistrature du 30 janvier 1995.

276. « Sans que puissent être, en l'état, déterminées, de façon plus précise, les responsabilités encourues. » Avis du Conseil supérieur de la magistrature du 30 janvier 1995.

277. *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 28.

278. « Le contrôle de la régularité des demandes ne doit donc pas être considéré par les services contrôlés comme relevant d'un formalisme plus ou moins approprié. Les règles doivent être scrupuleusement respectées, y compris dans les situations d'urgence », *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 28.

d'extrême urgence. Cette dernière, jusqu'en 1995, ne présentait pas suffisamment de garanties. La motivation est simplifiée, quelque peu imprécise. Dans ce cas d'espèce, il n'était fait aucune mention des faits²⁷⁹. Le nom et la qualité du plaignant, Didier Schuller, ne sont pas identifiés. Il n'est pas fait état des relations antérieures du plaignant avec Jean-Pierre Maréchal. La commission considère que les agissements du service demandeur sont contraires au principe de loyauté. C'est aussi l'opinion du chef du gouvernement²⁸⁰.

- Les leçons d'un dysfonctionnement

La dérive médiatisée²⁸¹ dans l'affaire Schuller-Maréchal a permis d'améliorer la procédure d'extrême urgence. La commission de contrôle a profité des insuffisances de cette procédure, rendue manifeste à tout observateur, juriste ou non, pour procéder à une réforme. À la suite de la réunion du 12 janvier 1995, la commission demande une communication journalistique des demandes à la commission.

Cette immédiateté dans la transmission pouvait poser problème pour l'extrême urgence. Voilà pourquoi le Premier ministre charge le président de la commission²⁸² d'améliorer la procédure, afin d'éviter, à l'avenir, toute polémique. Le président remet le 28 février 1995 des propositions qui sont acceptées. Depuis lors, l'immédiateté requise en cas d'urgence absolue trouve sa justification dans un document unique, qui mentionne les motifs de droit, les circonstances de fait, la justification de l'urgence absolue, avec transmission par fax chiffrant²⁸³.

3.2. Les leçons des affaires ; les missions d'expertise

Le motif « prévention de la criminalité et de la délinquance organisées » a été clairement défini²⁸⁴ par la commission, mais l'interprétation en est stricte²⁸⁵.

La CNCIS rappelle que les services demandeurs doivent éviter les formules imprécises ou stéréotypées, et faire état des éléments caractéristiques d'une bande organisée. Il ne convient pas qu'une erreur de ce genre se renouvelle, puisque l'interception de sécurité a pour finalité la prévention et non l'incitation au crime ou au délit.

279. Le rapport de 1993 indiquait cependant que l'appréciation des motifs ne peut être exercée que par l'appréhension des faits.

280. Déclaration du Premier ministre en date du 20 février 1995 : « Il n'avait pas été informé par la direction centrale de la police judiciaire des véritables raisons pour mettre sur écoute le docteur Jean-Pierre Maréchal ; ses services n'auraient pas donné leur accord à ces écoutes si tous les éléments leur avaient été fournis, la procédure ayant été faite à partir d'éléments tronqués. », *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 28.

281. Qui s'explique non seulement par les aspects feuilletonnesques de l'affaire mais par les acteurs concernés : juge, homme politique, psychiatre (homme de science, psyché, justice), qui relèvent de la mythologie collective. Une étude sociologique serait la bienvenue en la matière. Tel n'est pas notre objet.

282. Suivant une décision rendue publique le 19 février 1995.

283. « Le nouveau système concilie ainsi les exigences de diligence dans l'exécution et d'information sans retard de la commission de contrôle. », *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 30.

284. La définition a été inspirée par la commission Schmelck, et par certaines dispositions du code pénal : articles 132.7, 223.5, 224.3, 225.8, 312.6, 313.2, 331.2, 322.8, 442.2.

285. Cf. *III^e Rapport d'activité de la CNCIS 1994*, La Documentation française, 1995, p. 18 et 19.

Dans l'affaire Maréchal, si une écoute de sécurité n'avait pas été autorisée, M. Maréchal n'aurait sans doute pas cédé à l'appât du gain. Même si la certitude n'est pas absolue, la Cour de cassation a rappelé qu'il y avait eu machination, stratagème.

La commission de contrôle considère qu'il a été fait un usage exemplaire du secret défense. Ce dernier est légitime dans toute société démocratique et a un fondement légal²⁸⁶ en matière d'interceptions par voie de télécommunications. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu son utilité dans un système de liberté.

Le 18 février 1995, le Premier ministre a levé le secret défense sur l'interception de sécurité. La levée du secret défense, quand elle est sélective et opportune, permet un débat public. S'il avait été maintenu, le secret défense, bien que légal, aurait pu générer un trouble dans l'opinion. Voilà pourquoi la commission se déclare très favorable à cette décision.

Cette dernière a d'ailleurs permis à la commission d'améliorer son image, en attirant l'attention sur son travail, et en démontrant qu'elle jouait un rôle utile, contrairement à ce qui avait été craint par certains parlementaires, lors des discussions qui ont précédé l'adoption de la loi de 1991.

La commission organise une conférence de presse le 20 février 1995²⁸⁷, lors de laquelle elle fait état de ses délibérations de 1994 sur cette affaire. Le 18 février 1995, le président de la commission est entendu par la commission des lois de l'Assemblée nationale au cours d'une séance ouverte à la presse²⁸⁸.

Le secret défense fait partie de l'arsenal de la sécurité de l'État et de la nation. Il est souhaitable qu'il soit levé quand le maintien du silence peut accréditer l'idée selon laquelle les autorités publiques seraient complices d'agissement illégaux²⁸⁹.

L'affaire Schuller-Maréchal a permis à la commission de faire œuvre pédagogique et d'améliorer le régime de l'extrême urgence.

À l'occasion de l'interception du 25 février 1993 sur la ligne de Paul Barril²⁹⁰ et des interceptions qui auraient été pratiquées de juin à septembre 1995 sur les lignes de trois anciens collaborateurs de François Léotard²⁹¹ alors ministre de la Défense, la CNCIS se prononce clairement : dans les deux cas, la levée du secret défense était souhaitable, facile, et elle se félicite publiquement²⁹² de la décision prise par le Premier ministre. La CNCIS insiste sur la nécessité du bon usage du secret défense.

286. Ce qui est le cas dans l'affaire Schuller-maréchal.

287. Cette conférence de presse est suivie par un grand nombre de journalistes, qui ne sont pas tous spécialisés dans le domaine des interceptions de sécurité. Les représentants des journaux sont intéressés par l'opinion de ces experts discrets, et par l'apparition des membres de cette commission, qui revêt alors un aspect spectaculaire. En témoignent, notamment, les comptes rendus des 20 et 22 février 1995 du *Monde*, du *Figaro*.

288. Compte rendu n° 66 de la commission des lois, 1995.

289. « En revanche, le secret doit pouvoir être levé, comme il l'a été dans l'affaire Schuller-Maréchal, si son maintien n'avait d'autre justification que de couvrir indûment des agissements dont la révélation publique est utile pour faire respecter l'application loyale de la loi. », *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 31.

290. Cf. *Journal du dimanche*, 25 février-10 mars 1993.

291. *Le Monde*, 9 juillet 1996, paru le 8 juillet 1996.

292. L'interview donnée par Paul Bouchet le 27 mars 1996 au sujet de l'affaire Barril. Communiqué de la CNCIS en date du 8 juillet 1996 sur les interceptions des collaborateurs de François Léotard.

Le 10 août 1997, le Premier ministre, Alain Juppé, a saisi la CNCIS d'une mission de contrôle et d'expertise de documents retenus par la DST (Direction de la surveillance du territoire), à l'initiative du juge d'instruction, lors d'une procédure relative aux archives de Christian Prouteau.

Dans un avis du 13 mai 1997, la CNCIS a indiqué que les documents présentés à ses soins relevaient du secret défense : l'un d'entre eux émanait du GIC, les autres apportaient des informations sur des demandes d'écoutes ou sur l'organisation interne du GIC²⁹³.

Le Premier ministre, de son côté, adopte une autre position. Les documents relevant du GIC sont classés secret défense, et doivent être restitués au GIC ; les autres documents ne relèvent pas du secret défense. Christian Prouteau est relaxé le 6 janvier 1999 : il ne s'est pas rendu coupable de vol de documents présentant un caractère secret ressortissant à la Défense nationale.

Les réflexions afférentes à ces affaires préfigurent la loi instituant une autorité indépendante.

II - LA COMMISSION CONSULTATIVE DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

Un projet de loi relatif à la création d'une commission consultative du secret de la Défense nationale est déposé le 17 décembre 1997. Il est présenté comme une réforme tendant à rétablir la légitimité affaiblie par les affaires. L'exposé des motifs dresse un constat critique du secret défense. Le doute s'est instauré dans la société. L'autorité judiciaire n'exerce pas de contrôle. Le pouvoir exécutif ne rencontre aucune limite dans son usage du secret. Cette situation nuit à l'état de droit²⁹⁴. La réforme du secret défense implique l'institution d'une autorité administrative indépendante.

A - Un souci de rééquilibrage partiel entre l'exécutif, le législatif et le juridictionnel

La création de la commission consultative du secret défense semble correspondre à un souci de rééquilibrage partiel entre l'omnipotence de l'exécutif et l'absence du législatif, du juridictionnel.

293. La CNCIS rappelle à cette occasion : « Le secret défense doit pouvoir être levé, si son maintien n'a d'autre justification que de couvrir indûment les agissements dont la révélation est utile pour faire respecter l'application de la loi. », *VI^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1997*, La Documentation française, 1998, p. 21.

294. « la réforme vise aussi à renforcer la légitimité de l'action gouvernementale en l'inscrivant dans un état de droit moderne. » Exposé des motifs du projet de loi déposé par le gouvernement en date du 17 décembre 1997.

1. La Commission, une autorité administrative indépendante

Le projet de loi s'inspire largement du rapport du Conseil d'État de 1995, sur le secret et la transparence ; le binôme est censé protéger les libertés par des moyens différents. La transparence permet l'accès de l'ensemble des citoyens, ou dans la sphère concurrentielle, de certaines personnes physiques ou morales à des documents, à des technologies.

Le secret préserve les acquis de la démocratie. Quand la « sécurité » s'adjoit aux facteurs transparence et secret, la grille de lecture est malaisée : selon les cultures, la transparence sera considérée comme une garantie de la sécurité ou le secret apparaîtra comme la seule norme permettant de préserver l'ordre public. Certaines formes de transparence peuvent porter atteinte soit à la sécurité, soit aux libertés²⁹⁵. Depuis les années 1970, le débat a atteint la sphère administrative. Un nombre de plus en plus important de personnes exige la transparence ; dans une certaine mesure, satisfaction leur a été accordée²⁹⁶. Le secret reste cependant un butoir pour la protection de l'intérêt général. S'il n'y a pas dichotomie entre transparence et secret, les rapports qui s'établissent entre les deux termes sont ambivalents. Dans le domaine administratif, la dialectique entre la transparence et le secret²⁹⁷ interpelle le corps social. Le secret est d'autant plus mal perçu par la société civile qu'avec l'évolution des technologies des communications, le secret semble plus intangible qu'auparavant.

Le Conseil d'État, dans son rapport public de 1995, rappelle que l'opinion publique se défie du secret défense tel qu'il est compris actuellement²⁹⁸. Pour rétablir la confiance et témoigner de l'attachement à la voie démocratique, le gouvernement serait bien avisé de créer une commission du secret défense, assez proche de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

Cette nouvelle autorité administrative indépendante émettrait un avis sur l'éventuelle communication de pièces à des juridictions d'informations couvertes par le secret de la Défense nationale. Les membres de cet organisme disposeraient d'une autorisation générale d'accès à toute information classifiée dans le cadre de leur mission. Cette commission intégrerait dans sa finalité l'aspiration populaire à la transparence, sans porter atteinte à l'indispensable secret d'informations classifiées pour des raisons tenant à l'intérêt public.

Devant le Parlement, le Sénat demande un changement de dénomination. La commission n'étant pas dotée de pouvoirs propres, le terme « autorité » est une impropiété. Le texte finalement adopté correspond à un compromis partiel. L'Assemblée nationale adopte le principe d'une présidence spécifique, ce qui est une concession au Sénat.

295. Fichiers informatisés de données nominatives.

296. Création de la CADA.

297. Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, « La transparence administrative », *La Politique d'aujourd'hui*, PUF, 1987.

298. « Le soupçon qui a, dans plus d'un cas, entaché le recours à la notion de secret défense inspire une innovation propre à attester et de la confiance de la République dans la légalisation des pratiques généralement suivies sur la matière et de la détermination de ses droits démocratiques. » Rapport du Conseil d'État de 1995. *Études et Documents*, n° 47, p. 157.

2. Une composition initiale remise en cause

L'article 2 du projet prévoyait que la commission serait constituée d'une présidence commune et de deux autres personnalités qualifiées (des magistrats) choisies par le président de la République sur une liste de six membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, établie conjointement par les plus hautes autorités, le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la Cour des comptes.

Le Sénat demande immédiatement l'introduction de membres du Parlement dans la Commission. À l'Assemblée nationale, Robert Pandraud avait souhaité que deux personnalités non parlementaires soient nommées, l'une par le président de l'Assemblée nationale, l'autre par le président du Sénat. Le gouvernement était défavorable à la présence de parlementaires. Cependant, comme la pression du Sénat ne se borne pas à la question de la composition, les parlementaires ne sont pas écartés, même si le ministre de la Défense n'est sans doute pas très éloignée de l'opinion de Robert Pandraud²⁹⁹. Le ministre de la Défense déclare d'ailleurs que l'exécutif et le législatif ont des missions différentes.

La Commission consultative comprend, en dehors du président, un vice-président, qui le supplée en cas d'absence ou d'empêchement, et un membre choisi par le président de la République sur une liste de six membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, établie conjointement par le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation, le président de l'Assemblée nationale, et aussi un sénateur désigné après chaque renouvellement partiel du Sénat par le président du Sénat.

Les critiques émises contre la présence des parlementaires ne s'arc-boutaient pas seulement sur les vocations parallèles de l'exécutif et du législatif, mais sur les particularités des statuts conférés aux magistrats et aux parlementaires. Les magistrats sont à même de supporter les critiques induites par leurs avis ; les parlementaires, en émettant des avis sur des affaires banales, mais aussi des affaires sensibles, mettent en jeu leur honorabilité. Paul Quilès remarque que les opinions particulières ne seront pas connues³⁰⁰. Les principales sensibilités seraient représentées³⁰¹. Après discussion, l'Assemblée nationale accepte d'entériner les modifications apportées par le Sénat.

Les pouvoirs attribués au Président et aux autres membres de la commission ne sont pas de même nature. Seul, le président a un pouvoir spécifique d'investigation. Voilà pourquoi l'assistance par un agent de la commission semble inopportune. Envisagée devant l'Assemblée nationale, elle est repoussée. Aucune autre personne que le président ne doit disposer de la fonction d'enquêteur.

Le choix du président est essentiel : au sein de la CNCIS, le président est le pivot de l'ensemble de l'organisation. Or, le gouvernement souhaite que la commission du secret défense se modélise sur la CNCIS. Il est également convaincu

299. Robert Pandraud, *JOAN*, 12 février 1998, p. 1500, 1^{re} colonne.

300. Paul Quilès, *JOAN*, séance du 12 février 1998, p. 1503, 1^{re} colonne.

301. « [...] à l'instar de ce qui se passe pour la CNCIS depuis longtemps, deux parlementaires représenteraient les deux principales sensibilités du pays », Nicolas About, *JO*, Sénat, séance du 24 mars 1998, p. 1211, 2^e colonne.

que le président de la CNCIS doit être président de la commission du secret défense. Cela implique au demeurant une vision particulière puisque le président de la future commission de secret défense serait d'abord concerné par les écoutes de sécurité. Le président de la CNCIS a eu à connaître des affaires concernant le secret défense. Une réflexion a été menée par la CNCIS, sous la houlette de deux présidents successifs. Le président de la CNCIS est totalement disponible, ce qui lui permet d'être rapidement réactif. Néanmoins, le président de la CNCIS n'a pas de vocation particulière à s'occuper de secret défense, même si ses mécanismes n'ont plus de mystère pour lui³⁰².

La commission de la Défense nationale et des forces armées redoute que le président de la commission du secret de la Défense nationale ne soit amené à se prononcer sur un dossier pour lequel son appréciation, en tant que président de la CNCIS, serait mis en cause.

Le ministre de la Défense circonscrit la possibilité de conflit d'intérêts. Le juge sera demandeur d'une information de fait, par exemple, le compte rendu d'une écoute pour ce qui relève de la compétence de la CNCIS. Or, lors de l'instruction, la personne écoutée pourra, dans le cadre de l'échange écouté, informer le juge. L'argument de la commission de la Défense nationale est donc balayé³⁰³. Le gouvernement souhaite l'existence d'une présidence commune pour les deux institutions dont le fonctionnement et l'efficacité seront pratiquement facilités si elles sont dirigées par la même personne.

En fait, le Sénat n'est pas convaincu. Deux textes s'opposent donc : celui de l'Assemblée nationale, représentatif de l'opinion gouvernementale, avec une présidence commune, celui du Sénat, avec une présidence distincte. Si les navettes ont permis de rapprocher certains points de vue, les optiques sont différentes. Lors de la réunion de la commission mixte paritaire le 2 juin 1998, les représentants des deux assemblées ne sont pas parvenus à se mettre d'accord. Le texte adopté correspond à un compromis partiel. L'Assemblée nationale adopte le principe d'une présidence spécifique.

3. Position du Sénat

Le Sénat souhaite que non seulement le Parlement soit représenté au sein de la commission mais qu'il puisse saisir la nouvelle autorité administrative indépendante.

Au moment de la réunion de la commission mixte paritaire, les deux assemblées ne parviennent pas à se mettre d'accord : l'Assemblée nationale, dont la majo-

302. Amendement n° 1 de M. Amoudry, de la commission des lois. *JO*, Sénat, séance du 24 mars 1998, p. 1248, 2^e colonne.

303. « Cette confusion des présidences répond certes à la nature voisine des deux commissions et rappelle que la CNCIS a eu à connaître, dans des périodes récentes, de questions liées à la levée du secret de la Défense nationale. Mais dans la mesure où il n'a pas été jugé utile de confier une nouvelle mission à la CNCIS, on ne voit pas pourquoi le président de la CNCIS serait de droit président de la nouvelle commission. », Bernard Grasset, *JOAN*, séance du 12 février 1998, p. 148, 1^{re} colonne.

rité soutient le gouvernement, ne souhaite pas que les objectifs premiers du projet de loi soient remis en cause par le biais d'une valorisation non prévue de commissions parlementaires.

L'élargissement des compétences de la commission aux demandes de déclassification formulées par une commission parlementaire n'est pas admis. Les députés avaient argué de ce que les commissions parlementaires pouvaient déjà obtenir directement, à leur demande, la déclassification de certaines informations sensibles de la part de l'autorité administrative.

Il n'est pas envisagé d'aller au-delà et de permettre un recours auprès de la commission consultative au profit d'une commission parlementaire. Les sénateurs maintiennent que la commission devrait prévenir les abus en matière de secret défense à l'égard des autorités non administratives, qu'elles soient juridictionnelles ou parlementaires. Il ne s'agit pas d'une démarche visant à politiser la déclassification ou le maintien de la classification. Selon Nicolas About, c'est la nature du dossier qui induit une politisation et non l'auteur de la demande de déclassification.

Enfin, le Parlement ne remet pas en cause l'équilibre des compétences entre exécutif et législatif, telles qu'elles ont été définies par l'ordonnance du 17 novembre 1958. Ce dispositif enrichit les modalités de contrôle, facilite la transparence, traduit un progrès de l'état de droit.

Le ministre de la Défense s'oppose à l'amendement déposé une nouvelle fois par Nicolas About. Il souligne qu'un danger de politisation serait induit par ce changement. Quand une juridiction se prononce sur une accusation, une information est parfois couverte par le secret défense. Lorsqu'une commission parlementaire étudie un aspect de la politique nationale, il est quasi impossible de déterminer si la levée du secret défense revêt un caractère pertinent. En dernière lecture, le Sénat persiste à adopter l'amendement qui n'est pas retenu par l'Assemblée nationale.

À travers la composition de la commission, et par le biais d'une longue discussion sur la saisine éventuelle par une commission parlementaire, le législatif, sans remettre en cause la mainmise de l'exécutif sur le concept de secret défense, a rappelé implicitement ou explicitement que ses prérogatives constitutionnelles lui donnent un certain droit, non pas de contrôle, mais de regard, sur des enjeux qui pourraient être protégés par le secret.

B - Deux rôles possibles pour la Commission consultative du secret de la Défense nationale

Pour pallier la désaffection d'une partie de l'opinion publique, la commission doit choisir entre deux rôles : être un relais entre l'exécutif et les organismes juridictionnels, ou constituer un simple moyen technique de règlement des dysfonctionnements, sous la houlette de l'exécutif.

1. Le relais

La définition des missions semble impliquer la notion de relais. Dans le texte initial, l'autorité administrative saisit sans délai la commission de toute demande d'accès à des informations classifiées, présentée par une juridiction française à l'occasion d'une procédure engagée devant elle³⁰⁴. Dès le premier débat devant l'Assemblée nationale, un amendement insiste sur l'aspect chronologique de la saisine. L'amendement n° 17³⁰⁵ est adopté : lorsqu'une juridiction française, à l'occasion d'une procédure engagée devant elle, présente une demande d'accès à des informations classifiées, l'autorité administrative qui a procédé à la classification saisit « sans délai la commission consultative du secret de la Défense nationale de cette demande ». Les étapes de la saisine sont ainsi rappelées : existence d'une procédure devant une juridiction française, constatation du besoin d'accès à des documents classifiés pour diligenter l'instruction, demande d'accès à des informations classifiées par la juridiction à l'autorité administrative qui est à l'origine de la classification, saisine de la commission consultative par ladite autorité.

Le Sénat souhaite que l'expression « accès à des informations classifiées » soit remplacée par la notion de déclassification. La commission des affaires étrangères fait remarquer que c'est une demande de déclassification et de communication d'informations qui est formulée. Cette notion de déclassification rencontre l'unanimité : le juge ne peut accéder à des informations classifiées. Après les suggestions du Sénat et l'approbation de l'Assemblée nationale, le texte définitif (article 4) est le suivant : « Une juridiction française, dans le cadre d'une procédure engagée devant elle, peut demander la déclassification et la communication d'informations protégées au titre du secret de la Défense nationale, à l'autorité administrative en charge de la classification. »

Le Sénat propose une saisine sélective qui compromettrait le concept même de relais³⁰⁶. Si le gouvernement est favorable à la levée du secret défense, il procède à cette levée sans saisir la commission, ce qui permet un gain de temps. Dans le cas contraire, si le gouvernement est plutôt défavorable à la levée du secret défense, il saisit la commission pour avis.

L'Assemblée nationale rétablit la version initiale sur proposition du ministre de la Défense : la commission est saisie « sans délais », dans tous les cas : ainsi un équilibre s'institue-t-il rapidement entre les situations où la déclassification est recommandée et les situations où il convient de confirmer le caractère absolu du secret.

Si, seul, le président de la commission a le pouvoir de mener des investigations, les autres membres de la commission sont autorisés à connaître des informations classifiées dans le cadre de leurs missions. Les agents de l'administration sont tenus de coopérer avec la commission. Les ministres, les autorités publiques, les agents publics, ne peuvent s'opposer à l'action de la commission et devront

304. La demande est motivée.

305. Amendement n° 17, présenté par Bernard Grasset, *JOAN*, séance du 12 février 1998, p. 1304, 2^e colonne.

306. *JO*, Sénat, séance du 24 mars 1998, p. 1254, 2^e colonne.

prendre toutes les mesures pour la faciliter. La commission émet un avis dans un délai de deux mois à compter de la saisine.

Les débats parlementaires font évoluer les références. Le texte initial prend en considération l'accomplissement des missions incombant au service public de la justice, le respect des engagements internationaux de la France, ainsi que la nécessité de préserver les capacités en matière de défense et la sécurité des personnels.

Le respect de la présomption d'innocence, les droits de la défense auxquels doit se plier un magistrat, complètent la définition du service public. La commission des lois jugeait cet amendement superflu : des magistrats ont toujours à l'esprit la nécessité de faire respecter la présomption d'innocence et les droits de la défense, principes généraux du droit. Le gouvernement soutient cette précision : c'est sur l'intérêt général que la commission se fonde quand elle recommande la déclassification ou la non-déclassification d'un document. La préoccupation de la présomption d'innocence est essentielle pour les membres de la commission. Le respect des engagements internationaux de la France, ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels, sont une autre référence.

À l'Assemblée nationale, Michel Voisin s'était inquiété des interférences entre le système juridique français et l'OTAN³⁰⁷. Le rapporteur rappelle qu'une autorité administrative indépendante et nationale n'a aucune influence sur une autorité étrangère. La commission consultative ne donnera pas d'avis sur la déclassification d'informations relevant de cette autorité. Le ministre de la Défense fait valoir qu'il n'existe pas de véritable empiètement de l'OTAN dans la vie de l'État français. Les alliés de la France conservent le secret sur les informations qui ont été classifiées « international » à la demande de l'État français³⁰⁸. Les cas de classification « Confidentiel OTAN » sont assez rares. Il est peu vraisemblable que le règlement d'un litige opposant la loi française à l'un de ses ressortissants soit obli-téré par un document classifié uniquement OTAN.

La réflexion rédactionnelle porte sur les délais et sur les avis :

- Le gouvernement s'oppose à l'abaissement du délai alloué à la commission consultative. Un mois (contre deux mois) n'est pas suffisant. La société civile s'est souvent plainte des lenteurs de la justice et de l'administration. Cependant, un travail aussi délicat et minutieux que celui de la commission consultative demande un engagement dans le temps et dans l'espace qui ne peut être superficiel. Un délai réduit ne permettrait pas aux membres de la commission de compulsier leurs dossiers avec suffisamment d'attention. Surtout, l'opinion publique ne serait sans doute pas pleinement convaincue de la fiabilité du labeur accompli. Un excès de rapidité conduirait à l'inefficacité.

- Le sens de l'avis est soit favorable, soit favorable à une déclassification partielle ou soit défavorable.

307. Michel Voisin, *JOAN*, séance du 12 février 1998, p. 1499.

308. *JOAN*, séance du 12 février 1998, p. 1499, 2^e colonne.

2. Un moyen de règlement technique

La commission, qu'elle soit ou non un relais, est un moyen de règlement technique de problèmes juridiques.

2.1. Sens de l'avis et motivation

Le gouvernement souhaite rendre public le sens de l'avis. Certains parlementaires demandent une publication de l'avis motivé. La motivation ne porte pas atteinte au contenu des documents ; elle est beaucoup plus précise que le sens de l'avis. Elle satisfait le désir de transparence.

Le gouvernement est hostile à la publication de la motivation dans la mesure où la motivation contiendrait des informations classifiées, dont la juridiction ne doit pas avoir connaissance. La motivation des actes administratifs a été définie en 1979 : « Ensemble des considérations de droit et de fait qui forment le support indispensable à une délibération. » Pour motiver le sens de l'avis, la commission consultative du secret de la Défense nationale aura recours au contenu du dossier qu'elle aura étudié. La motivation sera communiquée à l'autorité de classification afin que celle-ci se prononce. Il serait préjudiciable à l'intérêt général que la motivation fût rendue publique.

Quant au sens de l'avis, il sera publié au *Journal officiel* et non communiqué à la juridiction demanderesse, comme cela été suggéré³⁰⁹. Selon le gouvernement, il ne serait pas cohérent que la commission consultative transmette directement le sens de l'avis à la juridiction. En effet, la notion même de relais interdit ce procédé. Au début de la procédure, la juridiction a saisi une autorité exécutive ; cette dernière saisit la commission du secret défense. À la fin de la procédure, la commission consultative rend son avis à l'autorité administrative. Celle-ci fait connaître le sens de l'avis. Le texte initial ne mentionnait pas le *Journal officiel*. Le rapporteur insiste sur la nécessité de publication au *Journal officiel*. Les avis, lorsqu'ils sont publiés, apparaissent au *Journal officiel*. Comme le projet de loi opte pour un contact indirect de la commission consultative du secret de la Défense nationale avec les juridictions, le sens de l'avis est rendu public au *Journal officiel*. Un affichage au greffe ou au secrétariat ne semble pas suffisant.

2.2. Le refus de déclassification en cas de vice de forme

C'est la décision prise par l'autorité administrative de refuser la déclassification qui est susceptible d'un recours. L'acte administratif est déféré devant la juridiction administrative. Si un vice de forme entache d'irrégularité les conditions dans lesquelles la commission a rendu son avis, le vice de forme est un moyen de droit qui peut être utilisé contre la décision administrative de refus de déclassification. En revanche, le sens de l'avis, bien qu'il soit délivré par une autorité administrative indépendante, ne peut donner lieu à une action contentieuse sur le fond. Il n'existe pas d'autorité administrative sans possibilité de recours quand des décisions sont arrêtées. Une démarche consultative n'entre pas dans cette catégorie.

309. « Le sens de l'avis lui-même ne sera pas susceptible de recours s'agissant d'une démarche à caractère consultatif. », ministre de la Défense, *JOAN*, séance du 10 juin 1998, p. 4884, 1^{re} colonne.

2.3. Une autorité exécutive toujours décisionnaire

C'est elle qui arrête la décision. L'appel n'est pas envisagé

C'est l'autorité administrative qui notifie la décision à la juridiction³¹⁰. Le texte initial indiquait : « L'autorité administrative notifie sa décision à la juridiction qui l'a saisie dans le délai d'un mois à compter de la réception de l'avis de la commission. »

Le texte définitif est le suivant : « Dans le délai de quinze jours francs à compter de la réception de l'avis de la commission ou à l'expiration du délai de deux mois mentionné à l'article 7, l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction ayant demandé la déclassification et la communication d'informations classifiées. »

Le délai alloué à l'autorité administrative à la suite de l'analyse et de l'avis de la commission consultative est réduit à quinze jours. Les auteurs de la loi et les parlementaires souhaitent que la procédure ne soit pas trop longue tout en demeurant fiable.

S'il a paru impossible de réduire le temps prévu par la commission consultative afin de lui permettre de procéder à une étude fiable et de prendre en compte des arguments parfois contradictoires après investigations, une démarche plus rapide semble réaliste pour l'autorité administrative. Celle-ci connaît le dossier. Elle a été éclairée par l'avis motivé de la commission consultative du secret défense. Le processus décisionnel ne doit pas se prolonger. Les amendements déposés à l'Assemblée nationale³¹¹ vont dans le même sens : quinze jours qui correspondent à une réduction de moitié constituent une bonne durée. L'Assemblée nationale opte pour quinze jours francs : l'administration, ici directement visée, calcule ses délais en jours francs.

La durée totale de la procédure ne dépassera pas trois mois. Cela paraît raisonnable au gouvernement. Les procès sont trop lents en raison du manque de moyens financiers pour que la consultation de la commission et la notification de la décision alourdissent encore le processus. Les deux semaines correspondent à une ambition qui n'a rien d'excessif. L'opération n'affectera pas la performance, sur le critère de la rapidité, de la justice.

L'autorité exécutive n'a pas besoin de plus de quinze jours pour se prononcer. La date butoir est assez large. Le gouvernement suppose que des décisions seront notifiées dans un délai plus bref. La question est délicate, et la réponse difficile. Sur certains sujets médiatisés, la curiosité pourrait s'éveiller. L'autorité exécutive se décidera alors avec une extrême célérité.

À la fin des débats, rien n'indique si l'autorité administrative suivra fréquemment ou non l'avis de la commission consultative. Il convient néanmoins de remarquer que tous les organismes qui se sont imposés à titre consultatif, qu'il s'agisse du Conseil d'État, ou d'autorités administratives indépendantes, ont rendu des avis si équilibrés qu'ils ont presque toujours été adoptés par l'autorité exécutive. L'avis prépare, précède, la décision. La CNCIS est un exemple en la matière : le Premier ministre passe exceptionnellement outre à un avis défavorable.

310. Article 8 de la loi du 8 août 1998.

311. Amendement n° 22, présenté par M. Grasset. Amendement n° 38, présenté par M. Voisin.

Aucune révision, aucun appel, n'est envisagé. Devant l'Assemblée nationale, une proposition de révision est débattue lorsque l'autorité administrative rend une décision défavorable après un avis favorable ou favorable avec réserves de la commission consultative. Le président d'une juridiction française solliciterait le président de la commission consultative en vue d'une nouvelle délibération de l'autorité administrative³¹². Le gouvernement et le rapporteur s'opposent à cette initiative. Une seconde délibération peut être demandée dans le domaine politique, non dans le domaine judiciaire. La nouvelle commission est non seulement une autorité indépendante mais une autorité morale. Cette dernière serait amoindrie si elle devait se prononcer quelques semaines après une première décision. De plus, la commission, sur des sujets sensibles, évitera de se déjuger, par crainte d'altérer son image. Cette « révision » serait une forme d'appel peu judicieux, non conforme aux objectifs du législateur.

En revanche, une délibération aura lieu si de nouveaux faits sont portés à la connaissance de la juridiction et s'ils justifient une deuxième demande, sur le même dossier, de communication de documents classifiés. Le mécanisme, sans se gripper, se remettra à fonctionner et la commission consultative sera saisie. Il est au demeurant peu probable en cette occurrence que l'autorité administrative, quel que soit l'avis de la commission, notifie une deuxième décision différente de la première. Même si d'autres faits sont connus de la juridiction, les motifs qui ont justifié le refus de déclassification à l'occasion de la première demande resteront identiques.

Des procédures d'appel avaient été présentées devant l'Assemblée nationale, puis devant le Sénat. Un amendement proposait de permettre au président de la juridiction demanderesse, lorsque l'autorité administrative avait pris une décision défavorable après un avis favorable ou favorable sous certaines réserves de la commission consultative, de saisir le président de la République (ou le Premier ministre : Sénat).

Cette procédure d'appel, selon ses initiateurs, avait pour but de renforcer l'autorité de la commission et la crédibilité de la loi ; en effet, cet appel conforterait le rôle de la Commission consultative du secret de la Défense nationale et la volonté gouvernementale de transparence.

Les antécédents existent. Une procédure de recours est prévue en matière de discipline dans la fonction publique ; elle est d'ailleurs peu utilisée. Le gouvernement et les rapporteurs s'opposent à l'introduction d'une procédure d'appel en cas de non-suivi d'un avis par une autorité administrative. Si la commission a un caractère purement consultatif, l'option correspond à un choix politique ; l'exécutif veut laisser la prééminence aux autorités décisionnelles.

En fait, ces propositions de révision ou d'appel³¹³ démontrent les limites que la loi entend apporter au mécanisme du relais et à la clarification du secret défense, y compris au niveau juridictionnel. Avec la CADA, la Commission consultative du secret de la Défense nationale est l'autorité administrative indépendante dotée des attributions les moins étendues. Le gouvernement et le Parlement font preuve de beaucoup de prudence. Le sujet secret défense reste tabou.

312. Amendement n° 10 rectifié, *JOAN*, séance du 23 avril 1998, p. 2998, 1^{re} colonne.

313. « On voit mal, compte tenu du principe de la collégialité gouvernementale, le Premier ministre se désavouer lui-même ou désavouer son ministre. Dans ces conditions, il n'est pas utile de prévoir une procédure d'appel. »

Cette commission saura-t-elle jouer son rôle de médiateur modeste ? Tout dépend des décrets d'application. La commission consultative est en mesure de devenir un relais. Certes, la lecture de la loi n'est guère encourageante, mais de nombreux doctrinaires prédisaient en 1991 que la CNCIS ne pourrait assumer une fonction imprécise. La CNCIS a prouvé qu'elle était utile et pertinente. Son influence n'a d'ailleurs pas été négligeable dans le projet de création de la Commission consultative de secret défense.

Les textes d'application relatifs à la CNCIS sont sortis assez rapidement, les personnalités nommées ont apporté une caution de sérieux, de compétence. L'objectif avoué du gouvernement de rassurer l'opinion publique, de persuader les citoyens qu'ils peuvent faire confiance à leur classe politique et administrative, est ambitieux. De nouvelles affaires où le secret défense n'était pas levé, mais était présent, ont été révélées au public. La société civile demeure incrédule.

La commission sera sans doute en mesure d'assurer un lien technique entre les tribunaux et l'administration. Il convient de déterminer si la technicité de la commission sera à même de convaincre dans tous les cas les gouvernés de la bonne foi des gouvernants soumis au secret défense.

La loi n'a fait l'objet d'aucune médiatisation. Elle a été publiée au *Journal officiel*, le 9 juillet 1998, pendant un été où les grands médias dirigeaient l'attention des masses vers d'autres objets³¹⁴. Seuls, les juristes spécialisés dans ce domaine ont pris immédiatement connaissance, sur support papier ou électronique, du document paru au *Journal officiel*.

Les membres de la commission sont : le président, Pierre Lelong, président de Chambre à la Cour des comptes, les vice-présidents, Achille Lerche, conseiller d'État, Olivier Renard-Payen, conseiller à la Cour de cassation³¹⁵.

Le 15 juillet 1998, Jean-Michel Boucheron, député (expérimenté en tant que membre de la CNCIS), avait été désigné par le président de l'Assemblée nationale. Le sénateur Manson a été nommé par le président du Sénat ; sa désignation a été publiée au *Journal officiel*, le 18 décembre 1998.

Parallèlement, des réformes sont introduites en matière de cryptographie, d'informatique et libertés, de traçage. Le droit traduit l'ambivalence d'une société soucieuse de transparence, de liberté commerciale, de liberté individuelle, d'ordre public. Dans ce contexte, la problématique du secret défense, est loin d'être résolue. Son évolution dépendra de facteurs qui ne sont pas tous administratifs et dont certains sont aléatoires : la sophistication de la société de l'information, le maintien ou la révision des institutions existantes. Au XXI^e siècle, le secret défense sera confronté à des défis dont certains sont inconnus.

L'effectivité de la création et des missions de la Commission consultative du secret de la Défense nationale est, pour ces raisons, un « test » pertinent. Un souci formel d'améliorer l'équilibre ordre public/protection de la vie privée au profit des libertés individuelles apparaît dans les textes. Il devra être confirmé dans la pratique.

314. Coupe du Monde de football.

315. Décret du président de la République en date du 16 janvier 1999.

Chapitre 5

Interceptions et dysfonctionnements : licéité, libertés, intérêt public

Est licite « ce qui est permis par la loi¹ ». Toute la problématique des interceptions de télécommunications tient dans cet adjectif : la jurisprudence, la loi, ont cherché à définir ce qui était licite et illicite. Il n'existe pas d'illicéité par nature². La licéité se positionne dans un contexte culturel. Ce qui est permis par la loi se détermine en relation avec l'extra-juridique : l'économique, le sociologique, le politique. C'est l'agora qui décide de la licéité d'un acte ou d'un fait. La licéité reflète le caractère fonctionnel³ du droit et de l'état de droit. Elle se réfère, dans les États occidentaux, à la démocratie⁴. Or, la démocratie est un concept de philosophie et de science politique, avant d'être une notion juridique. La souveraineté populaire⁵ a d'ailleurs un aspect relatif : elle peut cultiver la dilution. La démocratie grecque⁶ s'exerçait sans les esclaves, qui constituaient la majorité de la population. La démocratie occidentale s'est exercée en excluant, jusqu'au début du xx^e siècle, la moitié des citoyens, de sexe féminin. Encore le droit de vote a-t-il été accordé aux femmes par le législateur dans des espaces spatio-temporels différenciés : les États scandinaves ont retenu les leçons de la Première Guerre mondiale, qui étaient économiques et sociales. La France a attendu les lendemains de la Seconde Guerre mondiale pour que le suffrage universel masculin se transforme en suffrage universel. Le refus des parlementaires français, sous la III^e République, d'adhérer au suffrage universel sans condition de sexe, s'explique, d'une part, par une insuffisante pression des groupes féminins⁷, qui ne constituaient qu'un petit lobby, et,

1. Définition du *Petit Larousse*.

2. Alors que le législateur, le juge, ont souvent retenu l'affectation par nature, par exemple, le domaine public par nature.

3. La fonction juridique trouve aussi sa place dans l'entreprise.

4. Démocratie : gouvernement où le peuple exerce la souveraineté (*Petit Larousse*).

5. Souveraineté : autorité suprême (*Petit Larousse*).

6. Sur la démocratie grecque, cf. Will ÉDOUARD, *L'Histoire politique du monde hellénistique*, PUF de Nancy, 1982 ; Claude MOSSE, *La Fin de la démocratie athénienne*, PUF, 1972.

d'autre part, par la crainte de certains partis de voir se transformer, avec le suffrage féminin, le paysage partisan de la République française. Le suffrage universel masculin avait en France, sous la III^e République, un fondement idéologique⁸. Depuis l'avènement du suffrage universel sans considération de sexe dans les pays occidentaux, la dilution se traduit par l'abstention, le recours aux bulletins blancs et nuls. Les juristes et les sociologues ne sont pas toujours d'accord sur l'attention qu'il faut accorder à cette manifestation de la souveraineté populaire. Les politologues et les juristes les plus réalistes font remarquer que l'élection des autorités décisionnaires par un pourcentage assez faible des personnes inscrites sur les listes électorales ne mérite pas de commentaire particulier. Le peuple a une fonction dans la démocratie : déléguer sa souveraineté à des autorités qui seront habilitées à tenir les rênes de l'État, à mener une politique économique et financière. Les médiateurs de la presse populaire⁹ ne sont pas tous de cet avis. Ils font valoir qu'une démocratie où le peuple ne remplit pas son rôle est affaiblie, en raison d'une légitimité insuffisante : la fonction tribunitienne¹⁰ s'exerce mal. La classe politique est discréditée. La démocratie, qui refuse les privilèges, suppose l'égalité civile des membres du corps social détenteur de la souveraineté. C'est la raison pour laquelle les droits de l'homme accompagnent si souvent dans les textes, sinon dans les faits, l'instauration d'une démocratie¹¹. Le droit à la propriété est ancien¹². Le droit à la liberté d'expression est récent. Le droit à la vie privée s'est imposé officiellement au XX^e siècle. La Déclaration universelle des droits de l'homme correspond à une aspiration générale, mais aussi à l'état de forces prééminent en faveur des démocraties évoluées. Le concept de droits de l'homme s'est aggloméré à la notion de démocratie. L'image d'un gouvernement qui ne respecte pas les droits de l'homme correspond à une perte de légitimité. Voilà pourquoi les États qui ne sont pas démocratiques refusent d'aborder le thème des droits de l'homme¹³, ou cachent des pratiques perçues comme délétères par les associations de défense de droits de l'homme¹⁴. Les démocraties avancées possèdent presque toutes une entité juridique¹⁵ qui est un observatoire du respect des libertés individuelles. Si toutes les démocraties ne sont pas unanimes sur le contenu des droits de l'homme¹⁶, un

7. Contrairement à ce qui se passait au Royaume-Uni, où les suffragettes ont manifesté avec détermination, les partisanes françaises faisaient preuve d'une certaine timidité. Cf. Louise WEISS, *Souvenirs d'une enfance républicaine*, Denoël, 1993, et *Mémoires d'une Européenne*. t. III. *Combats pour les femmes*, Albin Michel, 1983.

8. Idéologie : science des idées (*Petit Larousse*).

9. *Le Monde*, *Le Figaro*, *France-Soir*, la presse régionale.

10. Si l'un (des) parti(s) n'attire(nt) pas les voix des citoyens mécontents, il n'y a plus de fonction tribunitienne. En ce cas, les masses recherchent d'autres exutoires.

11. Le décalage est souvent évident entre la théorie et la pratique.

12. Cf. J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'inégalité*, *Le Contrat social*, Garnier-Flammarion, 1996.

13. Certains États ont la franchise de faire savoir (ex. la Chine) que les droits de l'homme ne constituent pas une valeur reconnue par le gouvernement. Ces droits n'en demeurent pas moins une référence qui se prête à un jeu diplomatique subtil.

14. Les rapports d'Amnesty International sont parfois cités parcimonieusement par la presse de divers pays.

15. En France, la Commission consultative des droits de l'homme.

consensus s'est créé en faveur du respect de la vie privée. Les États cherchent à valoriser le respect de la vie privée sans porter atteinte à l'intérêt général¹⁷.

Les interceptions de télécommunications ont trouvé leur fil d'Ariane dans le rapport ténu entre la licéité et l'illéceité. Au fur et à mesure de l'évolution des technologies, des mentalités, les autorités législatives et exécutives¹⁸ sont amenées à préciser ce qui est licite ou illicite dans le domaine des écoutes téléphoniques. Dans cette tâche, elles sont aidées par des organisations sensibilisées à la démocratie, aux liens souhaités indissociables avec les droits de l'homme : le Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹. Cette dernière s'est avérée apte à concilier la défense de la vie privée avec la prise en compte des intérêts supérieurs de l'État²⁰.

Dans les années 1990, la plupart des États de l'Union européenne sont parvenus à préciser ce qui est licite et ce qui n'est pas permis par la loi²¹.

L'illéceité n'est cependant pas facile à cerner. Elle déborde les barrières établies par la loi ; cette dernière est amenée, soit à se modifier, soit à perdurer en supportant le poids d'une illéceité obstinée. L'illéceité correspond à deux types de faits : ceux qui résistent aux tentatives d'application de la loi, ceux qui sont difficilement en conformité avec les textes légaux et réglementaires. En France, l'illéceité concerne, dans le domaine des interceptions de télécommunications, les juridictions judiciaires et les juridictions administratives, les interceptions judiciaires et les interceptions de sécurité²², les écoutes microphoniques et professionnelles.

Bien des questions demeurent irrésolues au regard de l'ordre public et de la prétention de la vie privée.

SECTION UN DE L'ILLICÉITÉ ET DES AUTORITÉS JUDICIAIRES

Le juge d'instruction, au moment de l'information, le magistrat, lors de l'instance, précisent ce qui est licite ou illicite. Ce qui est illicite est généralement assorti de sanctions pénales²³.

16. L'Union européenne ne pratique pas la peine de mort, alors que les États-Unis ne considèrent pas que ce châtiment est cruel, et contraire à la Constitution.

17. L'intérêt général est souvent, en l'occurrence, l'ordre public.

18. Le législatif : la loi ; l'exécutif : le règlement.

19. Les institutions sont éminemment représentatives des références occidentales en matière de démocratie et de droits de l'homme.

20. La CEDH indique que l'État est autorisé à limiter une liberté individuelle, dans un cadre légal et précis, où les modalités afférentes à l'exception sont développées avec minutie.

21. Cf. lois sur les interceptions.

22. Dans leurs rapports avec la sphère privée et l'intérêt public.

23. Quand les sanctions pénales ne sont pas prévues, il n'y a évidemment pas de poursuites possibles, ni ouverture d'information. Dans ce cas, le législateur souhaite relativiser l'interdiction néanmoins mentionnée.

§ I - LES ÉCOUTES PRIVÉES, UN PHÉNOMÈNE CONSTANT

Pour un technicien en télécommunication, voire pour un profane éclairé²⁴, le recours à l'écoute téléphonique ne présente pas de difficultés particulières. Malgré les efforts consentis en matière de recherche appliquée, tous les procédés de protection des transmissions de télécommunication ont été contournés par de nouveaux moyens. La chaîne ne semble pas prête à se rompre. Les écoutes sauvages sont non seulement illicites mais assorties de sanctions pénales²⁵. Elles peuvent faire l'objet de poursuites, mais restent fréquemment impunies²⁶. Les écoutes sauvages ont attiré l'attention des parlementaires.

Les écoutes sauvages ont été évoquées lors de la discussion générale de la loi de 1991 à l'Assemblée nationale. Certains parlementaires évoquèrent assez longuement ce thème que l'on appelle le « troisième type d'écoutes²⁷ ». L'écoute sauvage n'a pas de statut légal, puisqu'elle est interdite²⁸. François Massot, le rapporteur à l'Assemblée nationale, rappelle que les écoutes sauvages ne doivent pas être évoquées par la loi, puisqu'elles constituent une infraction²⁹. Michel Dreyfus-Schmidt souhaite que les sanctions soient renforcées et que l'ancien article 369 soit modifié pour être étendu à tout moyen de correspondance émis par la voie des télécommunications³⁰. Même si les écoutes illicites ne sont pas évoquées par la loi de 1991, elles restent présentes à l'esprit des parlementaires.

Certaines de ces écoutes sont microphoniques. Avant la loi de 1991, les écoutes microphoniques étaient pratiquées³¹. Elles ne sont pas mentionnées dans la loi de 1991, et sont tombées dans le vide juridique. Le rapport Schmelck mentionnait

24. Il suffit à la personne profane de converser avec un technicien ou de lire un ouvrage sur le téléphone.

25. Article 226-1 du code pénal.

26. Le nombre de écoutes illicites est élevé. L'évaluation en est cependant fort malaisée : « On sait qu'au terme d'enquêtes sérieuses, le nombre de telles écoutes a pu être estimé à plus de 10 000 par an. » *III^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1993, p. 26. En 1997, la CNCIS considère que les écoutes illicites sont de l'ordre de plusieurs dizaines de milliers.

27. Il y a ceux qui ne respectent ni le premier ni le deuxième domaine, c'est-à-dire tous ceux qui contreviennent à la loi. *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2009, 1^{re} colonne.

28. « Il sera du devoir de tous de mener la guerre, chacun à son niveau, pour faire en sorte que les écoutes sauvages, si elles devaient continuer d'exister, ce que, par définition on ne peut savoir, fassent l'objet de poursuite. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2009, 1^{re} et 2^e colonnes.

29. « Lorsqu'elles existent, elles tombent sous le coup de la loi sur l'atteinte à la vie privée et il appartient alors aux parquets, dès lors qu'ils ont connaissance de telles infractions, de poursuivre afin qu'elles soient réprimées. » François Massot, *JOAN*, 1^{re} séance du 13 juin 1991, p. 3125, 2^e colonne.

30. « L'article 368 du code pénal, qui date de 1970, de même que l'article 9 du code civil sur la protection de la vie privée, punissent ceux qui écoutent ou enregistrent les paroles prononcées dans un lieu privé par une personne sans le consentement de celle-ci. », Michel Dreyfus-Schmidt, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2054, 1^{re} colonne.

31. L'article 3 de la circulaire I.E du 28 mars 1960 précise : « Toute écoute ou enregistrement téléphonique et télégraphique sur fils, tout renvoi sur réseau PTT d'une écoute microphonique, doit être autorisé, soit par le Premier ministre, soit par le ministre de l'Intérieur, soit par le ministre des Armées. »

l'existence des « pastilles en micro », mais a estimé que ces procédés d'investigation n'entraient pas dans son champ d'étude³².

À défaut d'autorisation légale, les fonctionnaires qui auraient recours à des écoutes microphoniques encourraient des sanctions pénales³³, malgré le romantisme qui s'attache à la microphonie dans l'imaginaire collectif³⁴. L'installation d'un tel système impliquerait l'introduction d'agents dans un domicile privé à l'insu et contre le gré de ses occupants.

Or, la loi de 1991 n'autorise que les opérations effectuées sur ordre du ministre en charge des télécommunications³⁵. Les exécutants seraient donc passibles de sanctions pénales au titre de la violation de domicile³⁶.

Pour la CNCIS, le procédé d'écoutes microphoniques est illégal : même s'il est largement utilisé, il n'en est pas moins illicite.

La France doit-elle suivre les exemples européens ?

La Grande-Bretagne, grâce au *Police Act* de 1997, a introduit les écoutes microphoniques dans la sphère de la légalité. La loi autrichienne de juillet 1997 autorise, réglemente la surveillance visuelle et sonore des personnes, y compris dans leur domicile.

I - DE NOMBREUSES ÉCOUTES PRIVÉES CLANDESTINES

A - Des écoutes réalisées, soit par des personnes physiques, soit par des personnes morales

1. Des personnes physiques victimes d'écoutes illicites

Les personnes physiques sont concernées par les écoutes quand des conflits familiaux éclatent. Les divorces se prêtent particulièrement à ces initiatives illé-

32. La commission Schmelck estime que la question de la microphonie n'est pas en relation avec les écoutes téléphoniques. « Il n'y avait pas lieu pour elle de l'examiner. » En effet, le rapport Schmelck ne traite, sous le titre « Légalisation des écoutes administratives », que « des interceptions pratiquées sur les lignes téléphoniques ou sur les lignes télex qualifiées désormais d'interceptions de service ».

33. Cf. code pénal. Chapitre précédent de cet ouvrage, article 432.9 du code pénal.

34. Les écoutes microphoniques, au même titre que les écoutes téléphoniques, appartiennent à la panoplie du parfait petit espion, tel qu'il a été imaginé par des générations de petits ou grands enfants, dans les romans pour adolescents et pour adultes.

35. L'article 11 de la loi du 10 juillet 1991 n'autorise que « les opérations matérielles nécessaires à la mise en place des interceptions dans les locaux et installations des services ou organismes placés sous l'autorité de la tutelle du ministre chargé des télécommunications ou des exploitants de réseaux ou fournisseurs de services de télécommunication autorisés ». Les opérations ne sont effectuées que sur ordre du « ministre chargé des télécommunications par des agents qualifiés de ses services, organismes, exploitants ou fournisseurs dans leurs installations respectives ».

36. Le domicile est non seulement le lieu d'habitation mais également le local affecté à l'usage d'une profession (usines, bureaux, etc.).

gales. Les candidats au divorce pour faute³⁷ pensent qu'un enregistrement révélant l'inconduite d'un conjoint peut servir leurs intérêts³⁸ : ils se trompent bien entendu, mais n'en agissent pas moins, même si leur avocat leur explique que ces procédés sont illégaux.

2. Des professions exposées

Les journalistes, les responsables politiques et syndicaux étaient convaincus qu'ils faisaient l'objet d'interceptions de sécurité infondées en droit.

Un magistrat s'est plaint devant le Conseil supérieur de la magistrature³⁹.

La CNCIS reconnaît que ces suspicions ne sont pas toujours maladroites et qu'elles correspondent à une réalité dangereuse. Elle recommande de mettre fin aux interceptions illégales qui jetteraient le discrédit sur l'état de droit et sur certains fonctionnaires honnêtes⁴⁰.

3. Des écoutes illicites commises par des personnes morales

Elles agissent ainsi à la demande de leurs clients⁴¹. Elles procèdent à des interceptions pour deux types de motifs.

3.1. Des raisons personnelles

Une personne physique cherche à rassembler des indices contre un individu qui lui aurait occasionné un tort. Le cas de figure est minoritaire⁴².

3.2. Des raisons économiques et financières

Les officines spécialisées sont diligentées pour intercepter les communications d'entreprises, afin de rassembler des renseignements sur la vie économique et sur les ressources technologiques de concurrents. Le phénomène est de plus en plus massif, s'inscrit dans la tendance généralisée qui affecte l'informatique et le multimédia, où le piratage, les suppressions ou altérations de données sont fréquents. La rationalité économique d'un monde globalisé où les concentrations d'entreprises

37. Dans le divorce par consentement mutuel, ces moyens n'ont évidemment pas cours.

38. Écoutes effectuées par des personnes privées dans le cadre d'une procédure de divorce ou d'autres litiges familiaux, les uns pensant être victimes de telles pratiques, les autres envisageant au contraire d'y avoir recours à leur profit. *II^e rapport d'activité de la CNCIS, 1993*, La Documentation française, 1994, p. 31.

39. Éric Halphen est persuadé que ses communications téléphoniques avaient été mises sur écoute. Conseil supérieur de la magistrature, *Rapport du 30 janvier 1995*, La Documentation française, 1995, p. 20.

40. « Les effets d'une telle suspicion sont détestables en ce qu'ils laissent planer un doute sur d'autres que les véritables coupables d'infractions. Le doute est d'autant plus intolérable qu'il peut atteindre injustement des fonctionnaires dont l'immense majorité se conduit, en ce domaine, de façon exemplaire. L'heure est donc venue d'y mettre fin sans plus attendre. », *IV^e rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996.

41. Ces derniers sont les instigateurs.

42. L'officine spécialisée devrait prévenir que ces « indices », s'ils sont réunis, ne sont pas recevables par un tribunal.

se multiplient ne peut que renforcer ce danger, dont la CNCIS est très consciente⁴³. L'officine spécialisée se rend alors coupable de plusieurs délits. La régulation dans le secteur des matériels d'interception n'a pas affecté le volume présumé des écoutes illicites⁴⁴.

B - Les mesures prises dans le domaine de l'encadrement des matériels

Elles se sont avérées insuffisantes, y compris en matière d'information des acteurs.

1. Un matériel d'interceptions réglementé

Les textes sont nombreux ; ils ont été publiés après la loi de 1991, la réforme du code pénal, et après la loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications.

1.1. Les textes subséquents à la loi de 1991

Ils ont été adoptés en 1993⁴⁵ ou à l'occasion du débat sur l'adoption du nouveau code pénal⁴⁶.

1.2. Le tournant de 1996

Jean-Hugues Gay, substitut au Tribunal de grande instance de Paris, examine les conditions d'autorisations déjà accordées.

Son étude démontre que le dispositif est inadapté. D'après le répertoire SIRÈNE, 4741 entreprises ont, en 1996, déclaré, comme activité principale, « enquêtes et sécurité ». La plupart d'entre elles n'emploient aucun salarié, 137 emploient de 100 à 499 salariés, 26 de 500 à 4 999 salariés. La plupart de ces sociétés ont leur siège en Île-de-France, en Provence-Alpes-Côte-d'Azur. Certaines sociétés déploient des activités qui n'ont rien de commun avec la fabrication et la commercialisation de matériels susceptibles d'accéder à l'intimité de la vie privée.

43. « On ne saurait oublier que les personnes physiques comme les entreprises sont de plus en plus exposées par les progrès technologiques en la matière à des interceptions en tout genre opérées, non seulement par des simples particuliers, mais aussi par des officines spécialisées. Le développement d'un véritable marché du renseignement, tant dans l'ordre privé qu'industriel ou commercial, est devenu, en tout pays, un fait de société. L'opinion publique doit en être consciente. » *1^{er} Rapport d'activité de 1991-1992 de la CNCIS*, 1992, La Documentation française, 1993, p. 156.

44. « La lutte contre ces écoutes sauvages exige une considérable amélioration des moyens de détection des interceptions et une répression exemplaire des violations constatées. *1^{er} Rapport d'activité 1991-1992 de la CNCIS*. La Documentation française, 1993, p. 156.

45. Décret n° 93-513 du 25 mars 1993 pris pour l'application de l'article 24 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 sur la liste des appareils conçus pour intercepter ou détourner des correspondances. Décret n° 93-726 du 29 mars 1993 abrogeant le décret précédemment mentionné.

46. Arrêté du 23 février 1995, sur le registre retraçant l'ensemble des opérations relatives aux matériels.

En novembre 1996, les conclusions du rapport de M. Gay sont transmis au Premier ministre. Ce dernier fait connaître sa volonté d'exercer un contrôle fiable sur les entreprises mentionnées. De nouvelles normes réglementaires sont arrêtées. Le décret du 10 juillet 1997 prévoit que la liste d'appareils soit établie par le Premier ministre et par une commission consultative composée des divers ministres intéressés, du secrétaire général de la Défense nationale, du représentant du ministre de la Justice, d'un représentant de la CNCIS, d'un représentant du Directeur général de l'ANF (Agence nationale des fréquences).

En 1997 et 1998, la Commission a examiné 372 demandes, 1300 matériels. La demande d'autorisation est déposée auprès du secrétaire général de la Défense nationale. C'est le Premier ministre qui délivre les autorisations, qui détermine le modèle des registres retraçant les opérations afférentes (arrêté du 15 janvier 1998).

Les demandes d'autorisation sont fréquemment suivies d'enquêtes sur les entreprises. Les contrôles affectent également la tenue de registres des matériels, les lieux où les matériels sont exposés. Une formation à la sécurité est proposée à certaines entreprises (le financement est en partie assuré par l'État, les chambres de Commerce et d'industrie).

1.3. Le code pénal

Il prévoit des incriminations en matière de fabrication et de détention ou de vente de matériels d'interception. Les peines (un an de prison, 300 000 F d'amendes) sont peu dissuasives. Néanmoins, l'article 226.L punit quiconque porte volontairement atteinte à la vie privée d'autrui⁴⁷.

Des condamnations ont été prononcées. Le 28 février 1998, le Tribunal correctionnel d'Avignon condamne deux dirigeants d'une entreprise à 50 000 F d'amende avec sursis et à la confiscation des matériels saisis pour avoir « fabriqué, détenu, en vue de la vente, 50 appareils conçus pour la détection à distance des conversations relevant de l'article R.226.1 du code pénal, sans les autorisations ministérielles nécessaires ».

Le 15 mai 1998, le tribunal de Pontoise condamne un chef d'entreprise à 6 000 F et 25 000 F d'amende et à la confiscation des matériels saisis pour avoir vendu des matériels soumis à autorisation à des acquéreurs non titulaires de l'autorisation d'achat et pour publicité incitative (notices : « Grâce à lui, vous saurez tout », « vous pourrez capter des communications téléphoniques discrètement ») en faveur d'appareils permettant la commission des infractions prévues à l'article 226.1 du code pénal. D'autres plaintes ont été déposées.

47. Article 226-3 du code pénal : « Sont punies la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente, en l'absence d'autorisation... d'appareils conçus pour réaliser des opérations pouvant constituer l'infraction prévue par le deuxième alinéa de l'article 226-15. » Article 226-15 du code pénal, alinéa 2 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions. »

2. Les divers acteurs sensibilisés à la lutte contre les écoutes clandestines

2.1. La CNCIS dénonce les infractions

Elle dénonce les infractions dont elle a connaissance dans l'exercice de ses fonctions⁴⁸. L'article 17 de la loi de 1991 oblige la CNCIS à saisir sans délai le procureur de la République de toute infraction qu'elle a surprise lors de ses opérations de contrôle. Les infractions concernent tous les délinquants, y compris les agents publics et assimilés.

Les agents publics sont plus sévèrement punis que les autres citoyens parce qu'ils ont légalement qualité pour participer à l'exécution des interceptions⁴⁹. La CNCIS estime utile⁵⁰ de rappeler cette responsabilité pénale à tous ceux qui en sont détenteurs.

La CNCIS a eu l'occasion de saisir le procureur de la République, lors de commission d'écoutes judiciaires, puisqu'elle est tenue de dénoncer toute infraction à la loi du 10 juillet 1991.

Cependant, la commission agit fortuitement⁵¹. C'est le Parquet, qui, en matière d'interceptions judiciaires, possède une véritable compétence. La CNCIS, dès 1993-1994, appelait de ses vœux une information spécifique pour les membres du Parquet dans le domaine des écoutes judiciaires.

2.2. L'information des magistrats

Deux mesures sont prônées par la CNCIS, la sensibilisation de l'institution judiciaire, la spécialisation des services de police chargés de constater les infractions⁵².

Les opérations de sensibilisation ont eu lieu : elles s'adressent, sous forme de séminaires de formation continue, soit aux juges, soit aux procureurs. Les magistrats ont suivi des modules qui sont dispensés, soit ponctuellement, soit régulièrement⁵³.

48. Article 17 de la loi du 10 juillet 1991.

49. Article 413-4 du code pénal : « Les agents publics encourent trois ans d'emprisonnement et une amende de 300 000 F. »

50. Avis adressé au Premier ministre sur la responsabilité des agents publics : « Il est souhaitable que soit rappelée et, si nécessaire, mise en cause, la responsabilité pénale de toute personne qui conserverait des enregistrements ou des transcriptions au mépris de l'obligation de destruction prévue par la loi. », *II^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1993*, La Documentation française, 1994, p. 28.

51. « Quelle que soit l'étendue des pouvoirs de la commission nationale, elle ne peut recevoir mission de réprimer les interceptions sauvages, puisque cette tâche est dévolue à la justice. Elle peut y contribuer à l'occasion des visites et inspections d'installations de télécommunications auxquelles elle pourra procéder à la suite d'une réclamation, mais ce serait presque fortuitement. », François Massot, à l'occasion du débat instauré devant l'Assemblée nationale lors de l'adoption de la loi du 10 juillet 1991. *III^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1995, p. 26.

52. « Il s'agit dès lors de passer à l'application effective, d'une part, en sensibilisant l'institution judiciaire, notamment les parquets, et, d'autre part, en spécialisant les services de police chargés de constater les infractions. », *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 24.

53. À titre d'exemple, la CNCIS cite des réunions où elle a été représentée en 1995 : session de formation continue des magistrats de la Cour d'appel de Paris, en mars 1995, formation de procureurs généraux en novembre 1995. *IV^e Rapport d'activité, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 25.

Des séances de travail se tiennent à la Chancellerie. Il n'a pas été possible de déterminer combien de magistrats s'étaient inscrits à ces sessions de formation continue et combien y avaient assisté effectivement. L'information est diffuse.

La spécialisation des services de police n'est pas systématique. Certains services de police ont développé une compétence spécifique. D'autres services sont demeurés généralistes.

Même si tous les magistrats étaient formés, et si les services de police étaient spécialisés, il serait bien difficile de mettre en examen toutes les personnes qui procèdent à des écoutes clandestines. Quant au contrôle de la fabrication, de la détention, de la commercialisation des appareils, il est dans les faits bien difficile d'y procéder⁵⁴.

II - L'ILLICÉITÉ DES INTERCEPTIONS JUDICIAIRES ET PRIVÉES

Elle est constatée dans un petit nombre de cas. En cette occurrence, les prévenus, s'ils sont ignorants, apprennent qu'une interception judiciaire est soumise à la loi. S'ils ont agi volontairement, ils sont condamnés.

A - L'écoute privée illicite

Elle ne peut être retenue comme preuve.

1. L'application du droit commun

Tout moyen de preuve doit être licite⁵⁵. Sinon, il n'est pas accueilli par les tribunaux.

2. L'arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1996

2.1. *Les faits*

Un divorce pour faute donne lieu à des jugements et arrêts aux différents degrés de la juridiction judiciaire. Chacun des conjoints est fermement décidé à voir le mariage se dissoudre aux torts du partenaire. M. X. obtient satisfaction en cour d'appel, parce qu'il a pu déterminer que son ancienne épouse avait un comportement agressif à son égard⁵⁶. Pour y parvenir, il avait procédé à une écoute téléphonique et avait ensuite communiqué l'enregistrement à des tiers, qui sont

54. Malgré les enquêtes, la situation n'est pas assainie dans ce secteur.

55. Cour de cassation, civ., 24 janvier 1996.

56. Les propos seraient agressifs. Les termes injurieux sont prohibés. Ils peuvent être normalement invoqués dans une procédure civile de divorce.

venus témoigner. La Cour d'appel a fait valoir que le support téléphonique utilisé ne pouvait être considéré comme un procédé illicite ou déloyal.

2.2. *Le droit*

La Cour de cassation casse la décision de la Cour d'appel et rappelle les conditions que doivent remplir des écoutes produites dans un litige pour être admises à titre de preuve. La Cour de cassation ne se prononce pas sur le fond. Elle souligne que chacun a droit au respect de la vie privée⁵⁷. L'écoute, sauf exception, est une intrusion dans la vie privée, un procédé illicite. En l'espèce, elle n'est pas à même d'exercer son contrôle⁵⁸.

B - Les condamnations pour interceptions

Qu'elles soient judiciaires et privées illicites, elles donnent lieu à diverses illustrations.

1. Les procédures

Un arrêt du 12 décembre 1996 se prononce sur le caractère indispensable d'une commission rogatoire spéciale.

1.1. *Les faits*

Le 13 février 1996, un juge d'instruction délivrait une commission rogatoire, dans le cadre d'une information ouverte sur le trafic de stupéfiants, au service régional de police judiciaire de Marseille. Le 17 juillet 1996, X. est interpellé, il est porteur d'un appareil TAM-TAM. Pendant la garde à vue, les fonctionnaires de police transcrivent les messages enregistrés sur ce TAM-TAM. L'avocat de X. dépose un mémoire devant la greffe de la Chambre d'accusation d'Aix-en-Provence, pour obtenir l'annulation des pièces de procédures constituées par la transcription des messages.

1.2. *Le droit*

L'avocat fait valoir que les articles 100 et suivants du code de procédure pénale réglementant les interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication ont été méconnus. La police n'était pas habilitée à inventorier les messages TAM-TAM sans avoir obtenu une commission rogatoire spéciale. L'enregistrement et la transcription sont réglementés au même titre que l'inter-

57. Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Arrêt du 12 décembre 1996.

58. Selon l'avocat de M. X., le législateur souhaitait, « non seulement restreindre les possibilités ordinaires d'instruction des autorités de police et de justice dans le contenu des télécommunications ainsi que leur usage dans les procédures pénales, mais garantir la fidélité et la fiabilité des éléments ainsi introduits dans les procédures ». Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Arrêt du 12 décembre 1996.

ception de correspondance. Or, l'esprit de la jurisprudence CEDH n'a pas été respecté. L'avocat demande, pour ces motifs, l'annulation de la procédure⁵⁹.

La Chambre d'accusation remarque que les fonctionnaires de police n'ont procédé à aucun branchement, aucune déviation pour intercepter des messages. La police ne devait obtenir aucune autorisation écrite du magistrat instructeur pour lire et retranscrire les messages contenus dans l'appareil TAM-TAM⁶⁰. La Chambre d'accusation ne donne pas suite à la requête de nullité présentée par l'avocat de X.

2. La prescription et la poursuite de faits pour captation illicite de communications téléphoniques

L'arrêt de la Cour de cassation de mars 1997⁶¹ en est une illustration. L'affaire concernait la captation de flux informatisés de données⁶², réalisée entre 1983 et mars 1986. Avant le 1^{er} mars 1994, de tels faits pouvaient recevoir la qualification d'attentat à la Constitution⁶³ et d'atteintes à la vie privée, mais aussi d'atteintes aux droits de la personne par traitement informatique. Il y eut constitution de parties civiles régularisée le 19 février 1993. Les demandeurs ont argué de ce que la constitution de parties civiles interrompait la prescription. La Chambre d'accusation a rejeté ces observations : les faits allégués, dans la mesure où ils revêtaient une double qualification, ne pouvaient être atteints par la prescription. La Cour de cassation ne souscrit pas à cette analyse. La Cour d'appel a commis une erreur de droit. La prescription du crime envisagé par l'ancien article 114 du code pénal a pu être interrompue en 1993, si le texte était applicable en l'espèce, avant son abrogation⁶⁴. Néanmoins, cette circonstance est sans portée sur les modalités de la prescription propre aux délits. En effet, selon l'article 226-1 du code pénal, la clandestinité est un élément constitutif essentiel du délit d'atteinte à la vie privée d'autrui ; ce dernier est caractérisé lorsque la personne dont les paroles ont été enregistrées sans son consentement est informée de leur captation ou de la transmission. Cette clandestinité⁶⁵ ne peut être invoquée que par la victime déposant plainte ou ses ayants droit. La clandestinité est par ailleurs inhérente au délit prévu par l'article 226-19 du code pénal.

59. « À partir du moment où il ne saurait être contesté que le TAM-TAM est un outil de télécommunication et que les restrictions de l'article 100 n'ont pas été respectées, la nullité est encourue. », C.A. d'Aix-en-Provence, 12 décembre 1996.

60. « Les fonctionnaires de police, en appuyant seulement sur une touche de l'appareil, ont pu lire et faire défiler sur son écran les 39 messages enregistrés et contenus sur la bande magnétique de l'appareil, comme ils auraient pu saisir une lettre, un télégramme ou un télex en possession de X. », C.A. d'Aix-en-Provence, 12 décembre 1998.

61. Cour de cassation. Arrêt du 4 mars 1996.

62. Conception extensive de l'interception de communications.

63. Selon l'article 114 de l'ancien code pénal.

64. Malgré l'existence d'incriminations spéciales définies par les lois du 17 juillet 1970 et 6 janvier 1978.

65. Selon l'article 226-6 du code pénal.

Les infractions ne peuvent faire l'objet d'une prescription avant qu'elles n'aient été constatées et que les victimes en aient eu connaissance ; les victimes n'ont pas eu conscience de l'atteinte à leurs droits avant novembre 1992⁶⁶.

La conservation d'un enregistrement de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel⁶⁷, la conservation de données informatisées faisant apparaître des opinions politiques, philosophiques, religieuses⁶⁸ sont des délits continus. La prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à la date de leur cessation. Les juges ont établi que la fin des délits a été datée du 12 janvier 1995⁶⁹.

La Cour de cassation substitue ces motifs juridiques à ceux qui avaient été énoncés par la Cour d'appel (Chambre d'accusation). Sur la base de ces nouveaux motifs, la poursuite de l'information sur l'ensemble des faits dénoncés, à une exception près⁷⁰, est justifiée. La Cour de cassation rejette le pourvoi.

3. Les officines privées

Ce sont les officines privées qui sont le plus fréquemment condamnées dans le domaine des écoutes clandestines. Quelques exemples peuvent être rapportés :

– En 1994, le TGI de Paris⁷¹ condamne les responsables et les agents d'une société de protection et de gardiennage qui procédaient, de manière répétée, habituelle, à des branchements clandestins sur des lignes téléphoniques dans les sous-répartiteurs d'immeubles. Les méthodes employées pour satisfaire les clients étaient illicites⁷².

– Un arrêt de la Cour d'appel⁷³ est confirmé par la Cour de cassation⁷⁴. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris condamnait le dirigeant d'un groupe de sociétés spécialisées dans la sécurité des personnes, des biens, des entreprises, pour complicité de délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée, commis à l'aide d'appareils conçus et installés pour réaliser des interceptions de correspondances émises, transmises et reçues par la voie des télécommunications. La condamnation pénale était légère⁷⁵ ; M. X. a cependant déposé un pourvoi en cassation. L'avocat argue de ce que les articles 6, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les articles 121-3, 121-6, 121-7, 226-1, 226-6, 221-5 du code pénal, ont été violés. L'arrêt de la Cour d'appel n'aurait pas cerné avec pertinence les caractéristiques des éléments constitutifs du délit.

66. Au plus tôt en novembre 1992, selon la Cour de cassation.

67. Réprimé par l'article 226-2 du code pénal.

68. Réprimé par l'article 226-19 du code pénal.

69. Date de la remise au magistrat instructeur des cinq disquettes informatisées déposées.

70. Exception : application de l'article 432-4 du code pénal.

71. TGI de Paris, 27 juin 1994, affaire Century.

72. La société est spécialisée dans les enquêtes. Celles-ci sont diligentées par différents moyens. L'interception des communications téléphoniques est évidemment illicite.

73. Cour d'appel de Paris, 11^e chambre, 5 mars 1996.

74. Cour de cassation, chambre crim., 7 octobre 1997.

75. Un an d'emprisonnement avec sursis et 100 000 F d'amende.

La Cour d'appel, quant à elle, a fait valoir que M. X, responsable d'un groupe de sociétés⁷⁶ spécialisées dans les enquêtes, était chargé d'enquêter par des particuliers ou des responsables de sécurité. La réalisation de ces enquêtes constitue l'un des objets sociaux du contrat de société⁷⁷. Dans le cas invoqué, le travail a été effectué, non pas par un salarié du groupe, mais par un ancien salarié. L'employeur de fait a communiqué au préposé les adresses, les coordonnées téléphoniques des personnes placées sous surveillance, à la demande de ses clients⁷⁸. C'est l'ancien salarié qui a réalisé les enregistrements des conversations téléphoniques au bureau et au domicile des personnes physiques qui intéressaient les clients.

M. X. conteste qu'il y ait eu atteinte à la vie privée des plaignants. Les propos enregistrés ne revêtaient aucun caractère d'intimité, ils étaient de nature professionnelle. La Cour d'appel a considéré que les branchements, qui étaient clandestins, par leur conception⁷⁹, leur objet, leur durée, conduisaient l'auteur à pénétrer dans la vie privée des personnes écoutées illégalement : un rapport d'expertise a démontré, par une approche minutieuse du contenu des enregistrements, que l'enquêteur avait pu se constituer une idée des vies privées où il a fait intrusion. Les atteintes à l'intimité sont constituées. L'intéressé en était conscient. Il y a donc délit⁸⁰. Le moyen de M. X ne peut être admis : il tend à instituer un troisième degré sur le fond⁸¹.

Si les officines spécialisées sont quelquefois condamnées⁸², elles n'en contiennent pas moins à procéder à des écoutes clandestines. Une société qui ferait clairement savoir qu'elle ne peut recourir, à l'occasion de ses enquêtes, qu'à des moyens strictement légaux, serait perçue comme peu apte à remplir les objectifs qui lui ont été fixés par ses clients. La concurrence joue contre le respect des textes normatifs. Une société préfère une amende à la liquidation judiciaire. La sensibilisation des magistrats, la spécialisation des policiers, sont insuffisantes. C'est la déontologie des officines spécialisées qui doit être remise en cause. C'est l'objet social des contrats de sociétés incriminés qui doit être examiné, à la demande des plaignants. L'objet social peut être illicite et être annulé sur la base de la nullité absolue⁸³. Pour combattre efficacement les écoutes clandestines, la loi et le règlement ont intérêt à se pencher sur les sociétés spécialisées dans les enquêtes et la sécurité. Actuellement, le Parquet, malgré la formation qui y a été dispensée, ne semble pas se préoccuper prioritairement des interceptions clandestines, qu'il est relativement facile de localiser, quand il s'agit d'organismes spécialisés. En l'état du

76. Très impliqué dans un métier spécifique, M. X est allé en cassation parce qu'il craignait que l'interdiction, la prohibition de branchements clandestins, nuisent à la réputation de ses clients : l'interception apparaissait comme un moyen d'enquête efficace.

77. Sur le contrat de société : article 1832 du code civil.

78. M. X s'oblige à la confidentialité à l'égard de ses clients.

79. Les interceptions se faisaient à la fois au bureau et au domicile.

80. Élément matériel : le branchement ; élément moral : le caractère intentionnel.

81. « Le moyen [...] revient à remettre en discussion l'appréciation souveraine par les juges du fond, des éléments de fait et de preuve contradictoirement débattus. » Cour de cassation, arrêt du 7 octobre 1997.

82. Assez rarement.

83. Si l'objet social est illicite, contraire à la loi et à l'ordre public, il entre dans le champ d'application de la nullité absolue.

droit, aucune société travaillant dans la surveillance n'a été condamnée pour récidive. Or, sur les plusieurs milliers d'interceptions clandestines, la plupart d'entre elles sont exécutées par des officines. Quant aux autres, elles sont quasi impossibles à identifier. Les virtuoses de l'écoute clandestine ne se manifestent jamais auprès des autorités ; ces dernières ne disposent d'aucune méthode adaptée pour traquer ce type de délinquants.

Une autre forme d'interception préoccupe la société civile, dans la mesure où elle concerne les employeurs et les salariés : les interceptions dites « professionnelles ».

§ II - L'INTERCEPTION ILLICITE, SOUS CERTAINES CONDITIONS, DES COMMUNICATIONS SUR LES LIEUX D'ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES

I - INTERCEPTIONS ET CONTRATS DE TRAVAIL

Les interceptions ont lieu dans le cadre d'un contrat de travail, convention synallagmatique⁸⁴ passée entre l'employeur et le cocontractant salarié : les deux contractants s'obligent réciproquement. Le contrat de travail est un contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une personne, moyennant rémunération. L'existence d'un contrat de travail implique l'existence de la fourniture d'un travail, le paiement d'une rémunération, l'existence d'un lien de subordination juridique entre l'employeur et le salarié.

A - Le lien de subordination

Il est essentiel dans la détermination du contrat de travail. En effet, la fourniture de travail, le paiement d'une rémunération, ne suffisent pas à qualifier un contrat de travail. L'exécution d'un travail contre rémunération donne lieu à d'autres contrats. C'est le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail. Ce lien de subordination a été défini par la Cour de cassation⁸⁵. « Il implique l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements d'un subordonné. »

84. Article 1102 du code civil.

85. Cour de cassation, soc., 13 novembre 1996, *Bull. cass.*, 96. V. 386.

1. Les caractères du lien de subordination

La détermination unilatérale des conditions de travail n'est pas un critère déterminant de la qualité de salarié.

Le lien de subordination oblige le salarié à se conformer au règlement intérieur :

– Le salarié est soumis à un pouvoir disciplinaire, dont les modalités sont précisées par le règlement intérieur⁸⁶.

En application de ce principe, la Cour de cassation considère que des intervenants extérieurs à une entreprise qui arrêtent avec l'entreprise les thèmes des vacances et le montant de la rémunération, et ne sont soumis à aucun ordre, aucun contrôle dans la réalisation de leurs prestations, ne sont pas des salariés : le lien de subordination n'existe pas.

– Le lien de subordination ouvre droit à des prestations sociales, au titre du régime général de la sécurité sociale.

Le juge se prononce sur l'existence du lien de subordination pour qualifier ou requalifier un contrat. C'est la situation de fait qui prévaut entre les cocontractants qui est prise en compte. La dénomination du contrat ne lie pas les tribunaux. Ce qui est étudié, ce sont les conditions dans lesquelles s'exerce l'activité des travailleurs⁸⁷.

Ainsi, un fonctionnaire de l'éducation nationale avait accepté de donner des cours dans une institution privée, comme conférencier⁸⁸. Il est mis fin à ses fonctions ; le fonctionnaire demande des indemnités : selon lui, le contrat de travail a été rompu unilatéralement. L'institution refuse : c'est une convention de collaboration qui s'appliquait ; le lien de subordination n'apparaissait pas. La Cour de cassation⁸⁹ a rejeté cette argumentation. L'intéressé avait continué à assurer les tâches d'enseignement qui lui étaient dévolues, suivant les programmes préétablis, au sein d'une organisation dirigée par un employeur. « La seule volonté des parties⁹⁰ est impuissante à soustraire M. X... au statut social qui découlait des conditions d'accomplissement de son travail. »

Dans une autre affaire, une clinique ne rémunérait pas le médecin dont elle utilisait les compétences, lui versait une partie des honoraires qu'elle percevait des caisses d'assurances maladie au titre des actes médicaux effectués par lui. Le lien de subordination, selon la Cour de cassation⁹¹, n'en était pas moins incontestable. Le médecin n'exerçait pas de profession libérale, il dispensait ses soins aux patients dans la structure prévue à cette fin (la clinique), se pliait à des sujétions d'horaires de prestations, de gardes nocturnes, respectait le règlement intérieur. En conséquence, le contrat qui le liait à la clinique était un contrat de travail.

86. Cassation soc., 1^{er} juillet 1997, Roch c/ARDT.

87. Cass. soc., 17 août 1991, *Bull. cassation*, 91.V.200.

88. Rémunéré en honoraires.

89. Cour de cassation. Ass. plén., 4 mars 1983, *Bull. cassation*, 83.A. p. 3.

90. Les deux parties avaient introduit une innovation quand le « salarié » était devenu un « conférencier ».

91. Cass. soc., 7 décembre 1983, *Bull. cassation*, 83.V.952.

2. Le lien de subordination, le contrat de travail et les conventions voisines

2.1. *Le contrat de travail et le travail indépendant*

Le contrat, passé entre des entrepreneurs individuels et leurs donneurs d'ordre, est parfois requalifié en contrat de travail, ce qui entraîne l'affiliation (cf. ci-dessus) au régime général de la sécurité sociale : le contrat de travail est alors reconnu par l'URSSAF⁹².

La loi du 11 février 1994⁹³ a inséré une nouvelle disposition dans le code du travail pour établir quand un contrat d'entreprise peut être requalifié en contrat de travail. Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux, ou auprès des URSSAF comme travailleurs indépendants, sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail⁹⁴. Il s'agit d'une simple présomption qui peut être levée, lorsque les personnes fournissent des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui les placent dans un lien de « subordination juridique permanente⁹⁵ ». Deux critères sont retenus :

Le critère de l'activité indépendante : les parties ont la volonté de laisser aux cocontractants une part de responsabilité dans l'accomplissement du contrat.

Le lien de subordination juridique permanent : le caractère discontinu de la subordination ne fonde pas une requalification en contrat de travail. La subordination juridique permanente implique que le travailleur est soumis en permanence aux prérogatives de l'employeur.

2.2. *La mise à disposition*

Dans les sociétés ou groupes de sociétés qui connaissent des situations de détachement, de mise à disposition, la détermination de l'employeur réel est malaisée.

Dans une société filiale, où les salariés avaient été détachés auprès de la société mère, la Cour d'appel rappelle que les salariés avaient exercé leur mission professionnelle dans une simple mise à disposition. Il n'y avait pas de lien de subordination juridique entre les salariés et la maison mère⁹⁶.

Pour un fonctionnaire mis à la disposition d'un organisme de droit privé, la Cour de cassation a estimé que l'intéressé accomplissait un travail pour l'organisme de droit privé dans une relation de subordination⁹⁷.

La Cour de cassation applique ce raisonnement non seulement aux fonctionnaires mais aux salariés de droit privé. Elle considère qu'un salarié mis par son employeur d'origine à la disposition d'un autre employeur dans un rapport de subordination est lié par un contrat de travail avec le dernier employeur⁹⁸.

92. Code de la sécurité sociale, article L.311-2.

93. Loi n° 94-126 du 11 février 1994.

94. Code du travail, article L.120-3, alinéa 1.

95. Code du travail, article L.120-3, alinéa 2.

96. Cour de cassation, soc., 23 février 1994, *Bull. cass.*, 94.V.96.

97. Cour de cassation, Ass. plén., 20 décembre 1996, *Rey. Herme c/Association Alliance française*.

98. Cour de cassation, soc., 1^{er} juillet 1997, *Roche c/ARDT*.

B - Les prérogatives de l'employeur

L'employeur dispose d'un ensemble de prérogatives : chaque contractant a des droits et des obligations. Les droits de l'employeur s'exercent entre autres sur la personne du salarié.

1. Le pouvoir de direction

Responsable du bon fonctionnement de l'entreprise, l'employeur dispose d'un pouvoir de direction qui lui permet de prendre les mesures de gestion et d'organisation qu'il juge utiles au bon fonctionnement de l'entité économique.

L'employeur dispose d'un large pouvoir de décision dans le domaine de la gestion économique et de l'organisation de l'entreprise⁹⁹. Il est tenu d'informer et de consulter les représentants du personnel ; le pouvoir décisionnaire lui revient. Il a la responsabilité de la conception et de l'exploitation de l'affaire, jusqu'à la concentration d'entreprise ou au redressement judiciaire. À l'occasion d'une situation difficile traversée par l'entreprise, l'employeur peut être amené à procéder à des licenciements ou à des reclassements¹⁰⁰ qui permettent le maintien de l'entreprise, mais entraînent fréquemment des mutations, c'est-à-dire des changements dans le lieu de l'établissement où s'exerce l'activité du salarié. Le chef d'entreprise est habilité à modifier ou à supprimer un usage, à condition que cet usage ne concerne pas l'ensemble des entreprises du secteur.

L'employeur détermine les objectifs que doit atteindre chaque salarié ; la rentabilité de l'entreprise en dépend : la non-réalisation d'un quota, sans être une faute, justifie un licenciement. La Cour de cassation argue de ce que l'insuffisance de résultats reprochée à un salarié constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, « même si cette insuffisance n'est pas fautive¹⁰¹ ». L'insuffisance professionnelle n'est cependant pas une faute grave¹⁰². Cependant, la tolérance de cette insuffisance n'exonère pas le salarié d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse¹⁰³.

L'employeur dispose également d'un pouvoir d'organisation : c'est lui qui détermine le temps de travail, les horaires¹⁰⁴, l'ordre du départ des congés annuels, la modification de la date des congés, les techniques et méthodes de travail, la réorganisation des services, la modification des fonctions¹⁰⁵, les rémunérations, la promotion.

99. Circulaire CANAM, n° 96/55 du 18 avril 1996.

100. Obligatoires en cas de licenciement économique important et de plan social.

101. Cour de cassation, soc., 7 novembre 1984, *Bull. cass.*, 84.V.416. *Idem*, 4 décembre 1986, *Bull. cass.*, 86.V.579. *Idem*, 11 décembre 1986, *Bull. cass.*, 86.V.954.

102. Cour de cassation, soc., 21 février 1990, *Bull. cass.*, 90.V.78.

103. Cour de cassation, soc., 22 avril 1964, *Bull. cass.*, 64.IV.313. *Idem*, 4 juin 1969, *Bull. cass.*, 69.V.364. *Idem*, 8 mars 1979, *Bull. cass.*, 79.V.216.

104. Dans le respect du code du travail et des conventions collectives.

105. Qui peut aller jusqu'à la suppression de poste(s), au(x) licenciement(s) économique(s).

2. L'employeur, dépositaire du pouvoir disciplinaire

Le règlement intérieur, quand il est obligatoire, fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline¹⁰⁶, à la nature et à l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.

D'après l'exposé des motifs du projet de loi¹⁰⁷ dont est issue la loi du 4 août 1982, une certaine autonomie est reconnue à l'employeur dans la fixation du barème des sanctions, sous réserve de l'interdiction des sanctions pécuniaires, des sanctions discriminatoires.

La discipline doit assurer la coexistence entre les membres de la communauté de travail et permettre d'atteindre l'objectif économique pour lequel la communauté est créée. Le règlement intérieur peut comporter des clauses concernant l'obéissance aux ordres hiérarchiques dans l'exécution des tâches confiées.

2.1. Sanctions et garanties pour les employés

L'autonomie de l'employeur est tempérée par les garanties procédurales dont la loi ou la convention assortit l'application de certaines sanctions. Ainsi, l'employeur ne peut faire figurer une sanction si cette sanction n'est pas prévue dans la liste des sanctions fixées par la convention collective¹⁰⁸. L'administration estime que les dispositions conventionnelles doivent, étant donné leur importance, être introduites en totalité dans le règlement intérieur. Ainsi, les dispositions des articles 33 et suivants de l'ancienne convention collective du personnel des banques qui prévoyaient le recours à un conseil de discipline étaient intégrées dans le règlement intérieur¹⁰⁹.

La sanction est obligatoirement motivée¹¹⁰. En cas de sanction grave, une procédure préalable doit être suivie¹¹¹.

2.2. Distinction entre sanctions légères et sanctions graves

Les sanctions légères n'ont pas d'effet sur la rémunération, la fonction, la carrière du salarié. La prise de sanctions n'induit pas l'observance de procédure préalable : les sanctions légères englobent :

– L'avertissement¹¹².

– Le blâme, quand il se situe sur le même plan de gravité que l'avertissement ou en dessous de celui-ci.

Le règlement intérieur n'établit pas de différences entre la sanction qui est prononcée pour la première fois et les suivantes¹¹³.

106. Code du travail, article L.122-34.

107. Projet de loi n° 745.

108. Conseil d'État, 28 janvier 1991, Société Crédit du Nord.

109. Circulaire DRT n° 683 du 15.3.83, *BO Travail*, n° 83/16.

110. Code du travail, article L.122-41.

111. Code du travail, article L.122-41.

– Convocation du salarié.

– Entretien avec le salarié assisté par un salarié de sa société.

– Notification motivée de la sanction.

112. Parfois précédé d'un entretien préalable.

113. Ainsi, le règlement intérieur ne peut indiquer que seul le premier avertissement échappe à la procédure préalable. Conseil d'État, 12 juin 1987, *Le Télégramme de Metz*.

Les sanctions graves qui affectent la rémunération, la fonction, la carrière du salarié, sont soumises à procédure préalable. Elles sont constituées par :

- Le blâme, d'un degré de gravité supérieur à l'avertissement.
- La mise à pied¹¹⁴.
- La mutation disciplinaire.
- La mutation disciplinaire accompagnée de rétrogradation.
- Le licenciement.

L'employeur peut prononcer une sanction qui n'est pas indiquée dans le règlement intérieur, à condition que cette sanction ne soit pas expressément prohibée par le règlement intérieur, ou la convention collective¹¹⁵. En l'absence de règlement intérieur, c'est l'employeur qui détermine lui-même¹¹⁶ les modalités de sanctions disciplinaires. Les prérogatives de l'employeur sont importantes. Le lien de subordination est puissant.

II - LIBERTÉ ET ILLICÉITÉ DES INTERCEPTIONS RÉALISÉES PAR LES EMPLOYEURS

Les interceptions de télécommunications par l'employeur ne sont pas toujours licites, malgré le pouvoir de direction. Le code pénal, dans son article 226-1, rappelle que la captation, l'enregistrement des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, sont des infractions¹¹⁷. Il précise que si les actes mentionnés ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés¹¹⁸, le consentement de ceux-ci est présumé. En France, ces dispositions sont au cœur des litiges qui opposent, parfois, salariés et employés. Dans son arrêt du 14 mars 2000, Dujardin, la Cour de cassation précise que l'écoute téléphonique peut être un moyen de preuve dans le cadre d'un licenciement pour faute grave (le salarié se livrait à des jeux de hasard pendant son temps de travail en utilisant le matériel de l'entreprise), puisque les salariés avaient été informés de la mise en place d'un système d'interception.

Partout dans le monde, les salariés sont soumis à un lien de subordination à l'égard de leurs employeurs. Ces derniers exercent un pouvoir de direction et de coordination.

Au sein de l'Union européenne, le droit du travail n'est pas unifié, même si des règlements et des directives sont intervenus dans certains domaines. Beaucoup de sociétés disposent de réseaux indépendants et de réseaux internes.

114. Pour une durée déterminée. Conseil d'État, 21 septembre 1990, SA Maison Aufrère.

115. Cour de cassation, soc., 25 juin 1987, *Bull. cass.*, 87.V.423.

116. Par voie de directive ou de note.

117. Alinéas 1, 2 et 3 de l'article 226-1 du code pénal.

118. Dernier alinéa de l'article 226-1 du code pénal.

A - La position de la CEDH

1. L'affaire Halford

La CEDH considère qu'un employeur n'est pas toujours en droit d'intercepter ou de faire intercepter la correspondance de ses salariés¹¹⁹ : l'affaire Halford en est une illustration pertinente.

1.1. Les faits

Mme Halford travaille dans un bureau sis dans les locaux de la police de Merseyside. Le bureau est équipé de deux téléphones, dont l'un est réservé à ses communications privées. L'atmosphère s'était dégradée entre Mme Halford et son employeur : elle avait engagé une action en justice pour discrimination fondée sur le sexe. Des conversations téléphoniques de Mme Halford ont été interceptées à son bureau¹²⁰, le gouvernement britannique le reconnaît¹²¹. Mme Halford reproche à son employeur d'avoir écouté des conversations privées et, d'une façon plus générale, aux représentants de la loi de ne pas avoir puni ces agissements.

1.2. Le droit

La plaignante se fonde sur les articles 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1.3. L'article 8

Elle argue de ce que les conversations téléphoniques émanant de son bureau relèvent des concepts de « vie privée » et de « correspondance »¹²² et se réfère à la jurisprudence antérieure¹²³.

Le gouvernement du Royaume-Uni fait valoir que l'on ne peut pas reconnaître à ces appels téléphoniques un caractère privé. Un employeur doit pouvoir

119. CEDH, Mme Halford c/Royaume-Uni, 27 juin 1997.

120. Mme Halford se plaint aussi d'écoutes téléphoniques policières à son domicile ; cela n'est pas en relation avec le sujet ; cet aspect ne sera pas traité ici.

121. « Le gouvernement concède que la requérante a présenté suffisamment d'éléments pour établir une probabilité raisonnable que ses téléphones de bureau aient été mis sur écoute. Pour la commission, l'examen de la requête confirme aussi l'existence d'une telle probabilité. » CEDH, Mme Halford, 27 juin 1997.

122. Article 8, alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

123. CEDH : Klass et autres c/Allemagne, 6 septembre 1978, série A n° 28, p. 21, 41 ; Huvig c/France, 24 avril 1990, série A n° 176 B, p. 41, 8 et p. 52, 25. ; Niemietz c/Allemagne, 16 novembre 1992, série A n° 251 B ; A. c/France 23 novembre 1993, série A n° 277 B.

Dans l'affaire A. c/France, Mme A., cardiologue, était inculpée pour tentative d'homicide volontaire, puis a bénéficié d'un non-lieu en 1991. Entre temps, la police avait procédé à au moins une écoute téléphonique de Mme A. Cette dernière dépose une plainte devant les tribunaux français ; elle est déboutée. Elle introduit ensuite une requête devant la CEDH, sur le fondement d'une violation de l'article 8. Le gouvernement français allègue que la conversation portait sur des faits étrangers à la vie privée. La commission considère qu'une conversation ne perd pas son caractère privé si certains aspects du contenu concernent l'intérêt public. Par ailleurs, l'enregistrement eut lieu dans les locaux de la police avec l'assistance d'un commissaire, qui n'avait pas demandé l'autorisation d'un juge d'instruction. La responsabilité de l'État français était engagée. Il y avait eu ingérence dans la correspondance de Mme A., violation de l'article 8 de la Convention.

surveiller ses salariés sans prévenir au préalable les intéressés que des appels passant sur les téléphones mis à disposition sont susceptibles d'être écoutés.

La CEDH ne déclare pas que les appels donnés à partir d'un bureau ont un caractère privé, mais il souligne que les appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, tout comme ceux qui émanent d'un domicile, peuvent être compris dans les notions de « vie privée » et de « correspondance »¹²⁴. En l'espèce, il n'a pas été prouvé que Mme Halford avait été prévenue¹²⁵, comme utilisatrice du réseau interne de télécommunications installé dans les locaux de la police de Merseyside, que ses appels seraient peut-être interceptés. Au contraire, Mme Halford avait raisonnablement acquis la conviction contraire : en tant que contrôleur général, elle avait à sa disposition un bureau, où l'un des téléphones était destiné à des communications personnelles ; surtout, elle avait l'autorisation de se servir des téléphones dans le cadre de la procédure qu'elle avait engagée.

Les entretiens téléphoniques de Mme Halford entrent dans le champ d'application de l'article 8. De plus, la police a intercepté les communications de Mme Halford afin de connaître son système de défense et préparer une stratégie adaptée aux informations recueillies. Il s'agit d'une ingérence commise par une autorité publique¹²⁶. Toute ingérence d'une autorité publique dans les droits d'une personne au respect de sa vie privée et de sa correspondance doit être prévue par la loi. Lorsque les mesures de surveillance sont secrètes, lorsque l'interception de télécommunications est effectuée par une autorité publique, le droit interne doit offrir « une certaine protection contre les ingérences arbitraires¹²⁷ ». La loi usera de termes suffisamment explicites pour indiquer à tous en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre ses initiatives¹²⁸. Le droit britannique ne réglemeute pas l'interception d'appels sur des réseaux indépendants ou internes¹²⁹. L'ingérence n'est pas prévue au sens de l'article 8, alinéa 2. La CEDH conclut qu'il y a eu violation de l'article 8 en ce qui concerne l'interception d'appels passés par Mme Halford sur les postes téléphoniques de son bureau.

1.4. L'article 13

Mme Halford allègue qu'elle n'a disposé d'aucun recours effectif en droit interne pour exposer ses griefs¹³⁰.

124. Arrêt *Klass et autres*, arrêt *Malone c/Royaume-Uni*, 2 août 1985.

125. Mme Halford avait envoyé un mémorandum à ses employeurs sur l'utilisation éventuelle de ses téléphones de bureau dans le cadre de la procédure engagée. Elle avait été rassurée.

126. Au sens de l'article 8, alinéa 2 de la Convention.

127. Point A/2 de l'arrêt du 27 juin 1997.

128. Cf. arrêt *Malone*, arrêt *Laender c/Suède* du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 23.

129. Dans le droit français, la loi du 26 juillet 1996 établit une distinction entre le statut des réseaux ouverts au public, des réseaux indépendants, des réseaux internes (L. 33-1, L.33-2, L.33-3). Sur l'interdiction de procéder à des interceptions, aucune discrimination n'est indiquée concernant le type de réseaux.

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

La CEDH rappelle que, sur le fondement de l'article 13, les requérants sont habilités à exiger un recours interne permettant à une instance nationale compétente de connaître le contenu d'un grief fondé sur la Convention et d'offrir un redressement approprié¹³¹.

La doléance de Mme Halford est défendable. La plaignante aurait dû bénéficier d'un recours interne effectif. Le droit britannique ne contient aucune disposition sur les interceptions d'appels téléphoniques transmis par des réseaux internes de communications exploités par des autorités publiques. Mme Halford n'a pu obtenir un redressement devant une instance interne. L'article 13 de la Convention a bien été violé. Mme Halford percevra des dommages et intérêts¹³².

En France, l'article 432-9 du code pénal¹³³ punit l'ingérence d'une autorité publique qui détournerait une correspondance sans y avoir été autorisée par un juge d'instruction ou le Premier ministre. L'arrêt Halford est cependant prudent. La Cour a implicitement admis qu'un employeur ne pouvait intercepter les communications de ses salariés sans les prévenir au préalable¹³⁴. Néanmoins, la CEDH a retenu l'argument de Mme Halford selon lequel son employeur l'avait autorisée à passer des appels téléphoniques sur l'une de ses lignes. Le cas de figure n'est pas fréquent en droit du travail français. La plupart des salariés, qu'ils disposent d'un ou de plusieurs postes, s'en servent à des fins professionnelles... et éventuellement personnelles. L'indétermination de la finalité aurait pu infléchir, s'il s'était agi d'un citoyen français, le raisonnement de la CEDH. Cette dernière n'en condamne pas moins des employeurs qui sont aussi des autorités publiques. Ces dernières ne doivent pas abuser de leurs pouvoirs.

B - Les interceptions de conversations par l'employeur licites sous certaines conditions

Les écoutes sur le lieu de travail sont un sujet permanent d'inquiétude pour les salariés : où commence, où se termine le pouvoir de contrôle quand il touche aux libertés individuelles ?

La CNCIS, dès son premier rapport d'activité, constate que les demandes de renseignement les plus nombreuses sont relatives aux interceptions de communications téléphoniques pratiquées sur le lieu de travail par un employeur à l'égard des salariés de son entreprise. Les salariés intéressés correspondent à des profils

131. Chaque État jouit d'une certaine marge d'appréciation. Cf. CEDH, arrêt *Chahal c/Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueils 1996.

132. 106 000 unités pour dommage matériel et moral ; 25 000 unités pour frais de dépense.

133. Article 423-9 du code pénal : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou la révélation du contenu de ces correspondances, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende. »

134. La CEDH a rejeté l'argument du gouvernement britannique (non-obligation pour l'employeur de prévenir ses employés).

différents. La CNCIS mentionne, à titre d'exemple, un syndicat professionnel, un cadre, un standardiste¹³⁵.

Une section syndicale de France Télécom a été amenée à se poser des questions sur l'écoute et l'enregistrement des appels téléphoniques des usagers du douze¹³⁶. Un cadre d'une entreprise qui commercialise du matériel permettant l'enregistrement de communications téléphoniques a souhaité connaître la législation en vigueur en ce domaine¹³⁷. Le standardiste d'une PME s'est aperçu que son employeur avait la possibilité d'écouter les conversations téléphoniques de ses salariés à leur insu¹³⁸.

1. La position des autorités publiques

Les différentes autorités publiques apportent un éclairage sur la licéité ou l'illégitimité des procédés employés en matière d'écoutes professionnelles.

1.1. La CNIL

En 1984¹³⁹, la CNIL précise quelles sont les garanties minimales qui sont mises en œuvre à l'occasion d'installations d'autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail. Cette pratique est courante, adoptée dans un souci de préserver les intérêts financiers de l'entreprise : l'objectif est de limiter l'abus des communications téléphoniques de nature privée¹⁴⁰. Un ordinateur branché sur l'autocommutateur permet d'indiquer, pour chaque poste téléphonique, la liste des communications effectuées pendant une période déterminée, avec des précisions sur le jour, l'heure, le numéro appelé, la durée des communications. Ces systèmes sont des traitements automatisés, ils doivent faire l'objet, en vertu de la loi de 1978, d'une déclaration ou d'une demande d'avis auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés¹⁴¹.

Dans sa recommandation, la CNIL stipule que l'établissement d'un autocommutateur induit plusieurs obligations :

- La mise en œuvre, préalable à l'installation, des consultations auprès des représentants du personnel, prévues par le code du travail.

135. La CNCIS a certainement demandé l'autorisation de ces personnes avant d'introduire leur problématique et leurs interrogations dans son rapport d'activité.

136. « Des enregistrements des conversations tenues entre usagers d'une part et agents de France Télécom d'autre part auraient été effectués à la demande de la direction des Télécom, pour être ensuite analysés par des psychologues afin d'améliorer la qualité du service offert à la cliente. D'après les indications fournies, ces écoutes et enregistrements seraient effectués à l'insu des usagers et des clients. » *1^{er} Rapport d'activité de la CNCIS, 1991-1992*, La Documentation française, 1993, p. 152.

137. Le matériel était vendu à des entreprises qui souhaitaient garder traces des demandes. *1^{er} Rapport d'activité de la CNCIS, 1991-1992*, La Documentation française, 1993, p. 153.

138. Le standardiste s'est soucié de « la légalité de ces pratiques ». *1^{er} Rapport d'activité de la CNCIS, 1991-1992*, La Documentation française, 1993, p. 153.

139. Recommandation 84-31 du 18 septembre 1984.

140. Un salarié doit se servir du matériel et des moyens d'échanges mis à sa disposition à des fins professionnelles et non à des fins personnelles.

141. Beaucoup d'entreprises négligent de suivre ces procédures.

– La publicité du système et l'information complète des salariés par voie d'affichage ou de notes d'informations.

– La limitation de la durée de conservation des informations nominatives enregistrées.

– L'occultation des quatre derniers chiffres des numéros appelés.

– L'utilisation des autocommutateurs ne doit pas gêner l'exercice des activités des salariés.

Dans la mesure où de nombreux autocommutateurs sont installés conformément aux modalités prévues, la CNIL élabore une norme simplifiée¹⁴² concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre à l'aide d'autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail¹⁴³.

Selon l'article 17 de la loi du 6 janvier 1978, une norme simplifiée concerne l'ensemble des conditions que doivent remplir certaines catégories de traitements, qui ne comportent pas de risques d'atteintes à la vie privée et aux libertés. La CNIL considère que l'autocommutateur sur le lieu de travail n'occasionne pas de risques si certaines clauses sont prévues et suivies. L'autocommutateur est un dispositif automatique qui achemine et répartit les communications entre plusieurs lignes téléphoniques. Il facilite les communications téléphoniques internes et externes. Si l'autocommutateur téléphonique se trouve mis à la disposition personnelle des agents, le responsable peut réclamer le remboursement du coût des communications privées¹⁴⁴. Il permet, dans certains cas, d'enregistrer les numéros de téléphone qui lui sont connectés et les numéros de téléphone appelés. Les données ont un caractère indirectement nominatif. Les traitements ne portent que sur des données objectives, ne donnent pas lieu à des interconnexions ou à des transmissions non indispensables aux fonctionnalités envisagées.

Les seules finalités du traitement sont les suivantes :

– La gestion d'une messagerie interne.

– La gestion de l'annuaire téléphonique interne : la gestion, l'édition, la diffusion de listes nominatives des utilisateurs des postes téléphoniques connectés à l'autocommutateur.

– La maîtrise des dépenses téléphoniques.

– L'établissement, l'édition des relevés des communications téléphoniques, selon les postes.

– Le calcul du coût des communications téléphoniques, selon les postes.

– L'établissement et l'exploitation de statistiques.

La collecte des informations porte sur l'identité de l'utilisateur du poste¹⁴⁵, sa situation professionnelle¹⁴⁶, ses communications téléphoniques¹⁴⁷.

142. L'employeur commettrait alors une entrave.

143. Norme simplifiée n° 40.

144. Délibération n° 94-113 du 20 décembre 1994, troisième considérant de la délibération du 20 décembre 1994 de la CNIL sur l'adoption d'une norme simplifiée afférente aux traitements automatisés d'informations nominatives.

145. Nom, prénom, numéro de poste.

146. Fonctions, service, adresse professionnelle.

147. Numéro de téléphone appelé, nature de l'appel (local, national, international), durée, date et heure de début et de fin de l'appel, nombre de taxes, coût de la communication.

Ces informations nominatives ne sont pas conservées au-delà de six mois à compter de l'enregistrement du numéro appelé. Elles peuvent être communiquées aux agents des services comptables et de ressources humaines, aux chefs de service pour les personnels relevant de leur autorité.

Lorsqu'il est demandé à un agent de rembourser le coût d'une communication téléphonique considérée comme passée à titre privé, l'agent peut¹⁴⁸ avoir communication du numéro de téléphone complet du correspondant appelé.

Des mesures de sécurité sont prises afin de préserver la sécurité du traitement et des informations, afin d'empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers.

Les utilisateurs sont informés sur les finalités et les fonctions de l'autocommutateur ; les destinataires doivent savoir qu'ils bénéficient d'un droit d'accès et de rectification¹⁴⁹. Les institutions représentatives des salariés au sein de l'entreprise ou de l'établissement sont consultées.

La CNIL insiste sur la transparence due aux salariés si un commutateur permet d'identifier le nombre et le coût des communications passées par les salariés.

La vidéosurveillance se situe, pour beaucoup de salariés, dans la continuité/continuation de la surveillance par voie de télécommunication. La CNIL, en 1994¹⁵⁰, a indiqué que l'installation de systèmes de vidéosurveillances dans les lieux et établissements ouverts au public¹⁵¹, y compris dans les entreprises privées, doit rester compatible avec le respect de la vie privée. Le principe de proportionnalité par rapport au but poursuivi est posé.

1.2. Les codes

– En droit pénal, l'ancien article 308, l'actuel article 226-1, interdisent les interceptions de communications à l'insu des personnes concernées.

– En droit civil, l'article 9, qui dispose que chacun a droit à l'intimité de sa vie privée peut s'appliquer, dans certains cas, à des activités professionnelles.

– En droit du travail, une loi de 1992 introduit dans le code du travail des dispositions protectrices des salariés contre l'utilisation abusive de techniques nouvelles. Selon l'article 102-2 du code du travail, les seules restrictions aux libertés individuelles et collectives sur les lieux de travail se justifient par la nature de la tâche et sont proportionnées à la finalité. La disproportion est prohibée. Le salarié est averti de toute installation de ce genre, puisqu'aucune information l'intéressant personnellement ne peut être collectée par un dispositif qui n'aurait été préalablement porté à sa connaissance¹⁵². Le délégué du personnel amené à constater une atteinte aux libertés individuelles dans l'entreprise, qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche ni proportionnée¹⁵³, se doit de saisir l'employeur afin que celui-ci prenne les dispositions nécessaires.

148. Sur sa demande expresse ; dans les autres cas, les quatre derniers chiffres des numéros sont occultés.

149. Cette information est assurée par tout moyen, affichage, note diffusée préalablement à la mise en fonction de l'autocommutateur téléphonique.

150. Délibération n° 94-056 du 21 juin 1994 de la CNIL.

151. Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992.

152. Article L. 121-8 du code du travail.

153. Article L.422-1-1 du code du travail.

– Dans le fil conducteur de ces dispositions légales, des textes sur la vidéosurveillance au sein des entreprises privées sont introduits dans les sources du droit. La loi de 1995 sur la sécurité¹⁵⁴ prévoit la possibilité de mettre en place un système de vidéosurveillance, sous réserve d'une autorisation préalable du représentant de l'État. L'utilisation de caméras dans une entreprise est justifiée par l'existence de risques particuliers de vols, la surveillance d'un poste de travail présentant un caractère particulier de dangerosité, la protection spéciale résultant d'une obligation de secret défense. L'usage de la vidéosurveillance à seule fin de contrôler¹⁵⁵ l'activité professionnelle des salariés n'est pas licite. Le règlement intérieur, quand il en existe un, dans la partie consacrée aux mesures de sécurité, mentionne l'installation de caméras pour des raisons de sécurité¹⁵⁶. Le comité d'entreprise est informé et consulté avant la mise en place du système de vidéosurveillance. Le non-respect par l'employeur de ces dispositions peut, en théorie, conduire les juges à ordonner le retrait des caméras¹⁵⁷.

Quant à la demande d'autorisation préalable à l'installation d'un système de vidéosurveillance, elle est traitée par un décret de 1996¹⁵⁸. La demande d'autorisation est déposée à la préfecture du lieu d'implantation ou, à Paris, à la préfecture de police, accompagnée d'un dossier administratif et technique. Le dossier comprend un rapport de présentation¹⁵⁹, un plan de masse¹⁶⁰, un plan de détail, la description des mesures de sécurité, le délai de conservation des images, la désignation de la personne ou du service responsable du système, les modalités du droit d'accès. Dans chaque département, une commission départementale des systèmes de vidéosurveillance est instituée par arrêté préfectoral¹⁶¹.

Le titulaire de l'autorisation possède un registre où sont tenus à jour les enregistrements réalisés, la date de destruction des images et, le cas échéant, la date de leur transmission au parquet.

154. Article 10 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, déjà cité.

155. Dans le cadre du pouvoir de la direction.

156. Article L.122-33, L.122-35, du code du travail.

157. La jurisprudence ne s'est pas prononcée dans ce sens.

158. Décret n° 96-926 du 17 octobre 1996 relatif à la vidéosurveillance pris pour l'application de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

159. Dans ce rapport de présentation, sont exposées les finalités du projet au regard des objectifs définis par la loi, les techniques conçues et adaptées aux risques d'agression ou de vol.

160. Il montre les bâtiments des pétitionnaires et ceux qui appartiennent à des tiers qui se trouveraient dans le champ de vision des caméras, avec l'indication de leur accès et de leurs ouvertures.

161. La commission départementale des systèmes de vidéosurveillance comprend cinq membres :

– Un magistrat du siège, désigné par le premier président de la Cour d'appel.

– Un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, désigné par le président de la cour administrative d'appel, ou à défaut, par le président du tribunal administratif dans le ressort duquel la commission a son siège.

– Un maire, désigné par les associations départementales des maires, ou, à Paris, un conseiller de Paris.

– Un représentant désigné par la ou les chambre(s) de commerce et d'industrie territorialement compétentes.

– Une personnalité qualifiée choisie pour sa compétence par le préfet ou, à Paris, par le préfet de police.

1.3. La CNCIS

La commission n'est pas compétente pour contrôler les interceptions sur le lieu de travail. Elle ne refuse pas, surtout dans un premier temps¹⁶², de jouer un rôle de conseil. Elle souligne que les salariés peuvent saisir, quand l'entreprise a une dimension suffisante, le délégué du personnel, les représentants du personnel au comité d'entreprise, les délégués syndicaux. Les salariés protégés auraient sans doute intérêt à informer l'inspection du travail¹⁶³. Il est en effet malaisé, même pour un salarié protégé, de faire savoir à un employeur qu'il n'a pas procédé à l'information prévue par la loi avant l'établissement d'équipements permettant le comptage, voire l'écoute de communications téléphoniques privées. Or, il est interdit, par l'Organisation internationale du travail¹⁶⁴, à une personne chargée d'une mission d'inspection de se déplacer à la suite d'une plainte. L'obligation de discrétion est impérative¹⁶⁵. La mission de l'inspecteur du travail vise à obtenir l'application de la législation, de la réglementation du travail, et non de porter préjudice aux salariés. Les inspecteurs du travail sont des fonctionnaires. En tant que professionnels, ils ne peuvent être déliés de leur obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent¹⁶⁶. Ils sont protégés dans l'exercice de leurs fonctions. L'obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur du travail est un délit¹⁶⁷. Le recours à l'inspection du travail est une solution pragmatique, qui trouve ses limites dans les attributions actuelles des inspecteurs du travail, qui tiennent un rôle privilégié dans la politique de l'emploi.

Les rapports d'activités de la CNCIS continuent à reproduire les textes normatifs, et ont valeur de conseil en matière d'interceptions de télécommunications sur les lieux de travail.

2. La jurisprudence

Elle prend en compte la nature privée ou professionnelle des propos. Si l'échange est professionnel, l'infraction ne sera pas constituée. Si l'échange est privé¹⁶⁸, l'infraction le sera. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle considéré en 1990¹⁶⁹ qu'un enregistrement de propos à l'occasion d'un entretien préalable au licenciement ne portait pas atteinte à la vie privée. Dans le cas d'espèce, il ne s'agissait pas d'une écoute téléphonique mais d'un enregistrement microphonique.

162. Années 1991, 1992, où la CNCIS se met en place et où ses attributions ne sont pas toujours explicites.

163. « Les services de la commission ont également rappelé à ces requérants qu'ils pouvaient, selon les situations, utilement saisir l'inspection du travail. », *1^{er} Rapport d'activité de la CNCIS, 1991-1992*, La Documentation française, 1993, p. 154.

164. Convention n° 81 de l'OIT, article 15.

165. Instructions ministérielles du 14 mars 1986. Circulaire du 15 février 1989, *BO, trav.*, n° 89-17.

166. Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, article 26.

167. Article L.631-1 du code du travail.

168. Ou partiellement privé.

169. Cour de cassation, Chambre crim., 16 janvier 1990, Tassinie.

L'entretien préalable précède tous les licenciements individuels. Il correspond à une procédure de conciliation, où l'employeur fait connaître ses motifs, où le salarié s'explique librement. Les parties se mettent d'accord sur le mode de constatation, procès-verbal, enregistrement de l'entretien, s'il présente des garanties d'accord¹⁷⁰ et d'authenticité. Les juges n'accordent aucun crédit à un enregistrement effectué sans le consentement de l'une des parties¹⁷¹ même si le procédé ne constitue pas une atteinte à la vie privée. L'enregistrement dans les locaux commerciaux de conversations ayant un objet commercial et professionnel a donné lieu à un autre procès devant la Cour de cassation¹⁷². Cet enregistrement entraine, selon les juges, dans le cadre unique de l'activité professionnelle. L'atteinte à l'intimité de la vie privée n'a pas été retenue.

Sept ans avant¹⁷³, une personne avait enregistré des communications téléphoniques de nature personnelle dans le bureau d'une entreprise. Elle n'ignorait pas que les échanges avaient un caractère intime. La violation de la vie privée fut reconnue ; une condamnation¹⁷⁴ fut prononcée.

En 1991, la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁷⁵ rend un arrêt important. Un employeur a enregistré les communications de ses salariés ; il fait valoir que son comportement est pleinement justifié par son pouvoir de direction. Il ne s'imisce pas dans la vie privée ; il exerce un contrôle sur la qualité de la vie professionnelle ; sa surveillance, par la captation de propos, lui permet de déterminer si une faute a été commise. La Chambre sociale rejette cette argumentation. L'employeur est habilité à apprécier les tâches exécutées par les salariés. Il peut examiner, lors de vérifications ou à l'occasion d'entretiens, le travail effectué et pour lequel les cocontractants perçoivent un salaire. L'enregistrement, quant à lui, dans la mesure où il a été effectué à l'insu des employés, ne peut être retenu comme preuve d'agissements fautifs. L'enregistrement clandestin est une preuve illicite. Cette évidence, qui a été affirmée avec force lors de procès pour interceptions clandestines pratiquées par des officines privées, pour des candidats au divorce, s'impose à tous les citoyens, quelles que soient leur profession, leurs finalités. L'arrêt se situe dans un contexte favorable aux salariés. En cas de doute, ce dernier profite, non plus à l'employeur, mais au préposé.

De plus, un fait reproché au salarié ne peut constituer une faute s'il relève de la vie personnelle de l'intéressé¹⁷⁶. Dans l'affaire qui nous intéresse, ces données ne constituent qu'un environnement. Ce qui est prohibé, c'est l'enregistrement de propos à caractère personnel par l'employeur, et la tentative d'utiliser cet enregis-

170. L'accord implique le consentement.

171. Cour de cassation, soc. 20 novembre 1991, *Bull. cass.*, 91.V.519.

172. Cour de cassation, Chambre criminelle, 24 avril 1990.

173. Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 décembre 1983. En 1997, l'enregistrement sur magnétophone par un policier de la conversation d'une personne suspecte est considéré comme une violation des articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. *Cass. crim.*, 16 décembre 1997 ; arrêt de la C.A. de Paris du 31 octobre 1996 (*Bull. crim.*, n° 427). J. BARBERIS, « Enregistrement clandestin et preuve pénale », *Les Petites Affiches*, n° 21.

174. Sur la base de l'article 368 de l'ancien code pénal.

175. Cour de cassation, Chambre sociale, 20 novembre 1991.

176. *Cass. soc.*, 16 décembre 1997, Delamaere c/Officine notariale de maîtres Ryssen et Blondel.

trement contre un salarié. La Cour de cassation le précise : les enregistrements effectués par un employeur qui n'aurait pas auparavant informé son personnel sont irrecevables, qu'il s'agisse d'enregistrement de paroles ou d'images¹⁷⁷.

La captation de paroles d'un salarié, sans son consentement, a plus tard été examinée sur la base de l'article 226-1 du code pénal. L'affaire jugée en avril 1997¹⁷⁸ est exemplaire.

Trois salariés se sont portés partie civile contre leur employeur. Leurs communications téléphoniques avaient été interceptées à l'initiative de l'employeur ; certaines d'entre elles avaient un caractère personnel.

Le dispositif mis en place permettait à l'employeur de capter les paroles des parties civiles, de manière clandestine : les salariés n'avaient pas été informés de cette faculté dont disposait le chef d'entreprise¹⁷⁹. Certains témoins ont argué de ce que l'existence du dispositif était « notoire ». Le tribunal n'est pas convaincu. Il retient les termes « prétendument notoire ». Par ailleurs, une standardiste, qui, de par ses fonctions, connaissait les moyens d'interceptions, avait incité les parties civiles à la prudence. Cet avertissement, pas plus que les rumeurs relatives à la commission d'écoutes, n'est une véritable information. Quand un employeur décide de recourir à « un procédé aussi manifestement attentatoire aux libertés et à la vie privée¹⁸⁰ », l'information doit être diligentée par l'employeur auprès de ses collaborateurs. Les interceptions ont donc été effectuées à l'insu des parties civiles.

Les parties civiles soutiennent que l'employeur a entendu certaines de leurs communications personnelles. Le chef d'entreprise multiplie les dénégations. La Cour d'appel de Paris rappelle qu'il n'importe guère d'établir si l'employeur a eu connaissance des conversations. L'atteinte à la vie privée est effective, que les enregistrements aient été examinés ou non. Le dispositif était susceptible d'intercepter toutes les communications. Le défaut d'intention est avancé par l'employeur. La Cour d'appel n'a pas à déterminer si le défaut d'intention correspondait ou non à une réalité. Le dispositif¹⁸¹ précédemment mentionné possédait des spécificités qui avaient été voulues par l'employeur, et qui ne permettaient pas au prévenu, en se branchant sur les postes, d'écarter sans les entendre les communications relevant de la sphère privée. L'employeur est condamné.

Dans une autre affaire, le P-DG d'une entreprise soupçonne un cadre de son entreprise de procéder à des détournements. Deux détectives engagés par le chef d'entreprise ont procédé à une écoute microphonique du téléphone de bureau du cadre et ont procédé à un branchement sur sa ligne privée.

177. « Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles, à leur insu, constitue un mode de preuve illicite. » Cour de cassation, Chambre sociale, 20 novembre 1991.

178. Cour d'appel de Paris, II^e Chambre A., 7 mai 1997.

179. « Sans que les parties civiles en aient été régulièrement et formellement informées par leur employeur ou toute autre personne habilitée par ce dernier à cette fin... Le prévenu a reconnu ne pas avoir informé ses salariés. », Cour d'appel de Paris, 7 mai 1997.

180. Cour d'appel de Paris. Arrêt du 7 mai 1997.

181. « Le dispositif qu'il avait installé lui permettait d'intercepter absolument toutes les communications des parties civiles, sans qu'il puisse, sinon précisément en les captant, décider, le cas échéant, d'interrompre leur interception. », Cour d'appel de Paris, 7 mai 1997.

Les « écouteurs » sont condamnés le 19 février 1998 par le Tribunal de grande instance¹⁸² à des peines de un ou à huit mois d'emprisonnement avec sursis, à des peines d'amende, sur le fondement des articles 226.1 et 226.2 du code pénal. Un chef d'entreprise ne peut violer la loi dans le but de rassembler des preuves éventuelles contre l'un de ses employés.

La licéité de la preuve tirée de l'enregistrement d'images ou de paroles des salariés est reconnue, quand l'interception n'est pas réalisée à l'insu du personnel. La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens¹⁸³. L'affaire la plus célèbre est l'arrêt Néocel c/Spaeter¹⁸⁴.

La jurisprudence s'est également prononcée en matière de vidéo et de vidéo-surveillance, sujets qui inquiètent de nombreux citoyens, et qui sont évoqués dans les rapports d'activité de la CNCIS.

Dans le domaine de la vidéo, l'arrêt Perez c/SA Beli Intermarché¹⁸⁵ a retenu l'intérêt de la doctrine¹⁸⁶.

2.1. Les faits

André Perez avait été embauché par la société Beli Intermarché comme responsable du rayon « fruits et légumes » le 5 juin 1989. Il a été licencié pour faute¹⁸⁷ le 26 septembre 1989. Il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir l'annulation du licenciement. Il est débouté en première instance, par un jugement du Conseil de prud'hommes de Nice¹⁸⁸. En appel, André Perez argue, à titre subsidiaire, de ce que l'employeur ne peut apporter par film vidéo la preuve de la mauvaise présentation du rayon : la société Beli a pu organiser une mise en scène. Cette subsidiarité retient l'attention des juges. L'employeur fait valoir que M. Perez avait déjà encouru une sanction disciplinaire, un avertissement¹⁸⁹, et a continué à multiplier les négligences¹⁹⁰.

La preuve de la faute aurait été apportée par des enregistrements vidéo réalisés le 1^{er} septembre 1989, en présence d'André Perez¹⁹¹ et du directeur de l'Intermarché. Le contenu a été transcrit par exploit d'huissier.

2.2. Le droit

La Cour d'appel retient que la société produit comme seule preuve de la négligence la retranscription d'un film, c'est-à-dire un constat d'huissier du 16 mai

182. TGI de Nice, 19 février 1998.

183. Sur le fondement de l'article 9 du code procédure civile.

184. Cour de cassation, soc., 20 novembre 1991, Mme Néocel c/Spaeter : *Bull. civ.*, V n° 519, D 1992, p. 73, concl. X. Chauvy ; Dr social, 1992, p. 28 ; rapp. Ph. Wagnet ; RDS 1992/1 n° 1, p. 25.

185. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 18^e Ch. soc. et civ., 4 janvier 1994.

186. En particulier, commentaire de Joël Colonna, *Semaine juridique (JCP)*, éd. A., n° 42, p. 412 à 415.

187. « Négligence ».

188. Conseil de prud'hommes de Nice, 10 septembre 1990.

189. Le 17 août 1989.

190. Selon la lettre de licenciement : « Aucun calibrage sur les étiquettes, pas d'origine sur les produits, pas de catégorie, qualité des produits à la vente laissant à désirer comme vous avez pu le constater le 1^{er} septembre 1989 à votre contrôle au rayon. »

191. La vidéo n'a pas été réalisée à son insu.

vail font l'objet de vives controverses²¹³. Les solutions actuelles en matière d'interceptions dans les locaux professionnels ne sont pas intangibles, même si la jurisprudence est constante depuis plusieurs années. L'état du droit positif, dans le domaine des interceptions légales, pose question aux zéloteurs des droits de l'homme.

SECTION DEUX LES INSUFFISANCES DE LA LOI DE 1991 EN MATIÈRE DE LIBERTÉS INDIVIDUELLES

Les libertés individuelles continuent à interpeller la loi de 1991, notamment dans deux domaines sensibles, la vérification des plaintes par les particuliers, les personnes protégées.

§ I - LES CONTRÔLES EFFECTUÉS À LA REQUÊTE DE PARTICULIERS

Lors de la discussion du projet de loi, des parlementaires²¹⁴ ont demandé que la commission ne se borne pas à notifier aux requérants que des contrôles ont été effectués, mais qu'elle informe le requérant de l'existence d'une écoute à son égard. La commission des lois de l'Assemblée nationale et le gouvernement se sont opposés à cette disposition incompatible avec les contraintes de la Défense nationale et de la sécurité publique. La problématique est large ; elle englobe non seulement les interceptions mais aussi les traitements de données informatisées à caractère nominatif²¹⁵. Au niveau international, aucun consensus n'est réalisé.

I - LES SOURCES EUROPÉENNES

A - La CEDH

Elle rappelle que l'intérêt supérieur de l'État prime sur les intérêts particuliers.

213. Sur l'adéquation du droit du travail aux besoins des sociétés dans un monde globalisé.

214. Cf. M. Daillet et le groupe communiste.

215. Article 39 de la loi du 6 janvier 1978.

1. L'arrêt Klass

Dans l'arrêt Klass²¹⁶, la CEDH a insisté sur la nécessité d'imposer une surveillance secrète pour protéger la société démocratique dans son ensemble. Cet intérêt public justifie que la personne écoutée ne soit pas informée des mesures de surveillance auxquelles elle a été soumise et qu'elle ne soit pas habilitée à saisir les tribunaux quand les mesures sont levées. La Cour s'est interrogée sur la possibilité d'exiger une notification ultérieure. Sa réponse a été négative. Selon la CEDH, les dangers que les mesures de surveillances cherchent à combattre subsistent parfois pendant des années après la levée des mesures. Une notification ultérieure aux individus touchés par une mesure levée compromettrait dans certains cas le but qui induirait la surveillance. Sur ce point, la CEDH est en plein accord avec la position de la Cour constitutionnelle fédérale²¹⁷. L'article 8 sur la protection de la vie privée n'est pas incompatible avec la non-information des personnes intéressées²¹⁸. Au demeurant, en RFA, à cette époque, l'intéressé devait être avisé après la levée des mesures de surveillance dès que la notification pouvait être donnée sans compromettre le but de la restriction²¹⁹.

2. La décision NS et PC c/Suisse²²⁰

La requête a été jugée irrecevable parce que les plaignants se fondaient sur l'absence de notification ultérieure. La commission a rappelé la position arrêtée par la Cour à l'occasion de l'arrêt Klass²²¹.

216. CEDH, Klass c/RFA, 6 septembre 1978.

217. « La Cour constitutionnelle fédérale l'a fait remarquer à juste titre, pareille notification risquerait de contribuer à révéler les méthodes de travail des services de renseignements, leurs champs d'observation et même, le cas échéant, l'identité de leurs agents. » CEDH, arrêt Klass c/RFA, 6 septembre 1971.

218. De l'avis de la Cour, dès lors que l'ingérence, résultant de la législation contestée, se justifie en principe au regard de l'article 8 paragraphe 2, il ne saurait être incompatible avec cette disposition de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance, car c'est précisément cette observation qui assure l'efficacité de l'ingérence. CEDH, arrêt Klass c/RFA du 6 septembre 1978.

219. En vertu de l'arrêt du 15 décembre 1979 de la Cour constitutionnelle fédérale.

220. CEDH, NS et PC c/Suisse, 14 octobre 1985.

221. « La Cour a déclaré qu'il ne saurait être incompatible avec l'article 8 paragraphe 2 de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance, car c'est précisément cette abstention qui mesure l'efficacité de l'ingérence. » CEDH, Klass c/RFA, 6 septembre 1978, 8 paragraphe 2.

B - Les sources des droits nationaux dans des pays membres de l'Union européenne

1. L'Allemagne

Elle a réaffirmé ses réserves en matière de notification ultérieure, lors de la révision de la loi du 13 août 1968 par la loi de 1989²²². L'information peut être exclue totalement si la menace ne disparaît pas après cinq ans²²³.

En avril 1993, dans la revue *Questions parlementaires*, Claus Arndt, membre de la commission de contrôle allemande G10, souligne que les libertés individuelles sont bien respectées, compte tenu des exigences de sécurité. Quand une mesure de surveillance est activée, le ministre informe les personnes intéressées, sauf si la finalité de l'action est mise en péril²²⁴. Dès que l'information est divulguée, la personne intéressée peut porter plainte si le droit lui semble violé. Des demandes de dommages-intérêts devant les tribunaux civils peuvent être sollicitées. En pratique, très peu de personnes ont fait usage de ce droit. En 1993, une seule plainte déposée a été couronnée de succès²²⁵.

2. Le Royaume-Uni

Les personnes qui désirent se plaindre d'une interception peuvent s'adresser à un tribunal indépendant, composé de cinq membres.

Si le tribunal, à l'issue de l'enquête, conclut que la loi a été respectée, il informe le requérant qu'aucune violation des articles 2 à 6 de l'*Act* n'a été constatée. Il ne prévient pas le plaignant de l'existence d'une mesure d'écoute à son égard²²⁶.

En 1991, année où la loi française a été adoptée, cinquante-huit plaintes ont été déposées. Le tribunal n'a jamais conclu à la violation des articles 2 à 6 de la loi.

3. La Suisse

Elle a envisagé une communication *a posteriori*, mais les réticences sont multiples.

222. Loi du 1^{er} juillet 1989.

223. « Après la suspension des mesures limitatives, les personnes concernées en sont informées, si cela ne menace pas l'objet de la limitation. Si cette condition n'est pas réalisée à ce moment là, l'information des intéressés se fera dès que sera disparue ladite menace. Il n'y aura pas d'information des intéressés, si la menace n'a pas disparu après cinq ans. » Loi du 13 août 1968, modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1989.

224. Dans ce cas, le ministre en parlera à la commission, et la décision expresse sera prise par cette dernière.

225. Cet insuccès peut dissuader d'autres personnes de porter plainte.

226. Les décisions du tribunal ne sont susceptibles d'aucun recours.

II - LES VÉRIFICATIONS SUR RÉCLAMATION DES PARTICULIERS

Elles n'ont pas connu un grand succès en France ; la CNCIS a tenté d'améliorer modestement la situation.

A - L'application de la loi par la CNCIS²²⁷

Toute personne ayant un intérêt direct ou personnel peut demander à la commission de procéder au contrôle d'une interception de sécurité afin de vérifier si elle est effectuée conformément aux dispositions législatives. La possibilité est restée méconnue, ou a été perçue comme illusoire.

En 1992, quinze requérants saisissent la commission d'une demande de vérification. En 1993, quarante-deux requêtes sont présentées. En 1994, 1995, 1996, le nombre de requêtes a augmenté²²⁸. En 1997, le contrôle a procédé à cinquante-sept contrôles à la requête des particuliers. Le nombre de particuliers qui recourent à cette possibilité ne dépasse pas plusieurs dizaines. Aucune information n'est divulguée sur l'origine des requérants : la CNCIS respecte son obligation de confidentialité. Le choix du législateur est quasi identique à celui qui fut réalisé en 1978 au moment de l'adoption du texte « Informatique et libertés ». Dans les deux contextes, et en conformité avec les arrêts de la CEDH, l'exécutif et le législatif ont évité de révéler à des personnes soupçonnées la mesure de surveillance qui s'exerçait sur elles. Cette position avait été justifiée par le rapport de François Massot, devant l'Assemblée nationale ; lors du débat parlementaire, les échanges avaient été assez vifs. M. Millet et les membres de son groupe avaient déposé un amendement²²⁹. À l'Assemblée nationale, le droit d'accès aux informations nominatives recueillies par voie d'écoutes téléphoniques²³⁰ est repoussé au nom des exigences de la Défense nationale et de la sécurité publique²³¹. Les tenants de l'amendement

227. « La question reste posée des moyens d'amélioration présente en matière de notification et de recours, qui reste insatisfaisante pour les requérants de bonne foi. » *Rapport d'activité de la CNCIS, 1993*, p. 20. Les rapports d'activités des années 1994, 1995, 1996 ne mentionnent cependant aucun chiffre.

228. « On comprendra aisément au vu de ces différentes hypothèses que la commission nationale n'a d'autres possibilités que d'adresser la même notification à l'auteur d'une réclamation quelle que soit la situation relevée par les opérations de contrôle, et que toute autre disposition conduirait, directement ou indirectement, la commission à divulguer des informations par nature confidentielle » (rapport Massot, 1991, p. 64).

229. Amendement n° 31 : « Nonobstant toute disposition contraire, toute personne a un droit d'accès direct aux informations nominatives recueillies à son nom par voie d'écoutes téléphoniques par tous les services de l'État. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

230. La formulation s'inspire volontairement des termes de la loi « Informatique et libertés ». Une comparaison est ainsi tacitement établie entre l'interception des télécommunications et la collecte de données informatisées nominatives.

231. Cf. François Massot, rapporteur : « Cet amendement est incompatible avec les exigences de la Défense nationale et de sécurité publique. », *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

se fondent sur le concept de droits de l'homme et sur le risque d'arbitraire²³². Le président de la commission des lois, Gérard Gouzes, rappelle que les écoutes de sécurité se situent au niveau de la prévention et non de l'information : c'est au stade de l'information que la personne mise en examen dispose d'un droit à être informée de ce dont elle est accusée. Les arguments invoqués sont inspirés des considérations de la CEDH. Les adversaires de la raison d'État font valoir la défense des libertés individuelles. Certaines opinions émises par les requérants avant le classement de l'affaire NS et PC c/Suisse auraient pu être reprises par Jean-Marie Daillet. La classe politique, dans sa grande majorité, est convaincue que les écoutes de sécurité ne connaîtront une pleine efficacité que si les personnes soupçonnées ou/et soupçonneuses demeurent dans l'ignorance.

La CNCIS rappelle que la disposition légale tend à protéger l'État. Si les personnes soupçonnées à bon droit de constituer un danger pour la sécurité sont écoutées, il ne convient pas de révéler cette information aux intéressés.

La CNCIS fait preuve de diligence ; les vérifications demandées sont réalisées dans un délai d'une semaine. La notification est toujours écrite. La commission est consciente de la frustration des requérants et juge utile d'en faire état dès le deuxième rapport d'activité²³³. Sans anticiper sur la suite des événements, il est probable qu'une réflexion s'est engagée à la CNCIS sur les moyens de concilier le secret de l'État et les libertés individuelles de citoyens de bonne foi. La commission indique qu'elle est attentive à toutes les études menées à l'étranger sur ce thème. Il est probable que cette préoccupation ne corresponde pas à une simple curiosité, ou à une volonté d'exhaustivité documentaire.

B - Les palliatifs de la CNCIS

1. La requête, moyen de faire respecter la légalité

La CNCIS, devant l'insatisfaction des requérants²³⁴, ne demeure pas passive. Elle décide de procéder à un travail d'information : le demandeur doit comprendre que l'organisme de contrôle ne peut pas l'informer. Elle joint à la notification écrite l'extrait du rapport 1993 concernant les vérifications sur réclamations de particuliers.

232. Les droits de l'homme : « À partir du moment où une personne est mise en cause, comment, pour des raisons dites de Défense nationale, pourrait-on lui refuser le droit de savoir ce qu'il en a été ? Un tel droit fait partie des droits de l'homme. » Jean-Marie Daillet, *JOAN*, 2^e séance du 13 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne. Le risque d'arbitraire : « La disposition est très insuffisante pour protéger contre tout risque d'arbitraire. », George Hage, *JOAN*, 2^e séance du 15 juin 1991, p. 3162, 2^e colonne.

233. « Il est nécessaire de souligner que la plupart des requérants demeurent insatisfaits, car une telle notification ne leur permet pas de savoir s'ils font réellement l'objet d'une mesure d'interception, ce qui est évidemment le but de leur demande. », *II^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1993*, La Documentation française, 1994, p. 18.

234. « Mais comme il a été longuement développé dans le rapport 1993, les requérants demeurent le plus souvent insatisfaits dès lors que cette notification leur indique seulement "qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires", sans pouvoir leur en donner le résultat. » *III^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1994*, La Documentation française, 1995, p. 25.

Dans la notification, et toujours dans un souci d'explication, la commission fait savoir que si elle constate une infraction aux dispositions de la loi, elle saisit le procureur de la République. Ainsi, les citoyens déçus comprendront que leur démarche n'a pas été vaine. La réclamation déclenche le contrôle de la CNCIS ; si la transparence n'est pas possible, la CNCIS n'en remplit pas moins un rôle protecteur : en cas de défaillance, le procureur de la République est avisé ; il se livrera à une enquête, ce qui aboutira peut-être à une instruction si un délit a été commis²³⁵. Le système ne lèse pas les citoyens, même si le secret est de mise.

De plus, et bien que cela ne soit pas indiqué aux requérants, cette possibilité de requête individuelle complète utilement l'arsenal de mesures dont dispose la CNCIS²³⁶. Loin de l'opinion publique, la CNCIS peut adresser une recommandation demandant l'interruption d'une interception qui ne répondrait pas aux critères de légalité. En cours d'exécution, la commission examine les transcriptions produites : ainsi la CNCIS peut-elle procéder à une comparaison entre le motif initialement invoqué et le motif réel²³⁷. Si un décalage est constaté, la commission intervient. Elle peut aussi déterminer si la cible de l'opération est celle qui avait été désignée par les services demandeurs. Avec les contrôles sur site, la vérification opérée à la demande des particuliers correspond à une modalité de contrôle sélectif *a posteriori*. La commission réalise aussi des sondages aléatoires et elle peut constater le bon fonctionnement de la loi, telle qu'elle est comprise et appliquée, notamment aux ministères de l'Intérieur et de la Défense.

Malgré les explicitions, l'insatisfaction des particuliers demeure. Les requérants connaissent mieux la loi et manifestent une défiance évidente à l'égard de la fiabilité de la protection du secret des correspondances²³⁸. La CNCIS insiste sur l'intensité de l'insatisfaction dont elle est témoin : les termes « non-satisfaction », « insatisfaction », reviennent à plusieurs reprises en quelques lignes²³⁹.

Elle explique par la frustration le comportement d'un requérant qui, en 1995, a saisi la CNCIS sur le fondement de la loi de 1978²⁴⁰ afférente à la liberté d'accès aux documents administratifs d'une demande de communication des documents administratifs intéressant une écoute dont il serait l'objet. La CNCIS notifie au particulier qu'elle a procédé aux vérifications nécessaires, tout en remarquant que les atteintes au secret des correspondances émises par voie de télécommunications sont régies par la loi du 10 juillet 1991 et non par la loi de 1978. Devant cette réponse,

235. Le procureur représente les intérêts de la société et les citoyens. En matière pénale, une instruction est ouverte après dépôt de plainte par une partie civile, ou à la demande du procureur.

236. « Cette possibilité de vérification *a posteriori* complète utilement les pouvoirs de la commission », *IV^e Rapport d'activité, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 19.

237. « Elle peut permettre, par exemple, de s'assurer... que le motif initialement invoqué correspond bien à l'objectif réellement poursuivi. », *IV^e Rapport d'activité, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 19.

238. « Traduisant tout à la fois une meilleure connaissance de l'existence de la législation, concernant les écoutes téléphoniques et une méfiance certaine quant à l'effectivité de la protection du secret des correspondances. », *IV^e Rapport d'activité, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 19.

239. Cf. *IV^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 19 et 20.

240. Loi du 17 juillet 1978 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs.

le particulier, réactif, passe d'une autorité administrative indépendante à une autre autorité administrative indépendante. Il saisit la CADA²⁴¹ pour avis. Il est ainsi susceptible d'établir une comparaison entre les réponses données par la CNCIS et la CADA. La CNCIS est appelée à présenter son argumentation devant la CADA. Elle se contente de rappeler ses obligations légales ; ses membres sont tenus au respect des secrets²⁴² ; l'article 17 de la loi de 1991 ne permet pas d'informer les requérants après contrôle. Après délibération, la CADA avise le requérant de son incompétence. L'avis est court, mais circonstancié²⁴³.

Malgré les efforts qu'il a déployés, le particulier en quête d'éclaircissements n'a pas obtenu la moindre information. Les deux autorités administratives indépendantes n'ont pu que procéder à la même approche de la loi. La loi du 10 juillet 1991 déroge aux dispositions générales de la loi du 17 juillet 1978. La marge d'appréciation est réduite. En 1995, la CNCIS, continuant à développer un raisonnement qu'elle mène depuis 1992 et 1993, constate l'existence d'un dysfonctionnement. Le suivi textuel de l'article 17 de la loi de 1991 induit un mécontentement grandissant chez les requérants qui veulent recourir à un contrôle *a posteriori*. Si la CNCIS, dans son rapport d'activité de 1995, narre par le menu l'incident de la double saisine par un particulier de la CNCIS et de la CADA, elle le fait intentionnellement²⁴⁴. L'affaire CNCIS/CADA a induit des frais de gestion importants, a entraîné la multiplication des démarches. Elle a donné une mauvaise image des autorités administratives indépendantes, qui, malgré leur compétence et leur sérieux, sont entrées dans la logique de l'absurde. Seule la multiplication des détails peut faire apparaître cet aspect à des lecteurs qui n'ont pas eu connaissance du cas. Si la CNCIS n'occulte pas ce mauvais effet d'image qui aurait pu resté confidentiel, c'est parce qu'elle veut en tirer les conséquences. Après la reproduction de l'avis de la CADA, la CNCIS répète qu'elle est consciente de l'insatisfaction des requérants²⁴⁵. Le mot « insatisfaction » est aussi un euphémisme ; si l'exaspération émotionnelle des requérants à l'occasion de leurs démarches est prise en considération, le terme « insatisfaction » est générique et il véhicule la tension de l'opinion publique, perçue à travers l'exemplarité des dizaines de réclamations de particuliers, qui sont convaincus d'être écoutés,

241. CADA : Commission d'accès aux documents administratifs.

242. Secrets protégés par les articles 75 et 378 du code pénal pour les faits, actes ou renseignements dont les membres de la CNCIS ont pu connaître dans le cadre de leurs fonctions.

243. « La Commission d'accès aux documents administratifs a examiné dans sa séance du 30 mars 1995 la demande dont vous l'avez saisie par lettre à son secrétariat le 14 mars 1995, à la suite du refus opposé à votre demande de communication des documents relatifs aux interceptions téléphoniques pratiquées depuis 1987 sur vos lignes.

« La Commission a constaté que les articles 13 et 17 de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications établissaient un régime particulier d'information de l'auteur d'une réclamation, dérogeant aux dispositions générales de la loi du 17 juillet 1978. La Commission n'a pu, pour ce motif, que se déclarer incompétente pour statuer sur votre demande. Elle en a informé le Président de la CNCIS. » Cité dans le *IV^e Rapport d'activité, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 20-21.

244. Toute rédaction juridique ajuste la place qui est réservée aux affaires, aux inflexions de la pensée en mouvance, cf. commentaires d'arrêts de jurisprudence.

245. Cette répétition a évidemment une signification, puisque la CNCIS est « consciente » des effets de la sémantique et qu'elle soupèse tous ses mots.

et n'acquièrent aucune certitude. La loi de 1991, si elle voulait avant tout donner un cadre légal aux interceptions de télécommunications, aspirait aussi²⁴⁶ à rassurer l'opinion publique méfiante à l'égard des écoutes de sécurité. Le contexte de 1994-1995 n'est pas favorable aux autorités décisionnaires en matière d'écoutes de sécurité. La révélation de scandales par la presse à gros tirage, l'exploitation commerciale des affaires ont attiré l'attention du grand public sur l'éventuelle illécéité de certaines écoutes téléphoniques²⁴⁷. L'opinion de la société civile est réservée. De cela, les autorités administratives indépendantes sont obligées de tenir compte. Elles doivent faire en sorte que la loi qu'elles appliquent et contrôlent ne perde aucune parcelle de légitimité. Une modification des règles s'avère indispensable.

2. Le changement du libellé de la notification

C'est une interprétation prudente de l'article 17. Jusqu'en 1995, la commission reprenait textuellement les termes de l'article 17²⁴⁸. Désormais, il est précisé si les vérifications ont ou non fait apparaître une interception qui serait contraire aux dispositions légales. Cette précision a des conséquences juridiques ; au cas où une interception illégale aurait été constatée par la CNCIS, le requérant pourrait porter plainte. L'ouverture d'une instruction ne dépend plus du seul procureur. Le pouvoir d'ester en justice, de déclencher une procédure, est restitué au citoyen qui était privé de cette faculté en raison de la non-information résultant d'une application textuelle de l'article 17. Grâce à cette souplesse d'interprétation²⁴⁹, le citoyen recouvre la maîtrise de ses droits²⁵⁰ contre lesquels une atteinte aurait eu lieu. L'opinion publique n'a pratiquement pas eu connaissance de cette précision. Elle n'en a pas moins joué un rôle essentiel dans le changement intervenu.

3. L'intérêt particulier et la ligne d'un tiers : l'affaire Lambert

Le particulier a un intérêt pour agir s'il fait l'objet d'écoutes téléphoniques, même s'il n'est pas titulaire de la ligne. Ce point important est précisé par la Cour européenne des droits de l'homme.

3.1. Les faits

Un juge d'instruction ordonne par commission rogatoire le placement sur écoute d'une ligne où sont interceptées les conversations d'un certain M. Lambert. Ce dernier est inculpé en 1992 pour recel. L'avocat de M. Lambert saisit la Chambre d'accusation, invoquant les conditions dans lesquelles a été prorogée une écoute téléphonique.

246. Cela s'est exprimé dans les rapports, dans la discussion générale, cf. JOAN, séances du 13 juin 1991 ; JO, Sénat, séance du 25 juin 1991.

247. Cf. *Le Monde*, *Le Figaro*, *Libération* des années 1994 et 1995 – Médiatisation de l'affaire Schuller-Maréchal.

248. Avec la formule « il a été procédé aux vérifications nécessaires », qui n'entraînait pas l'adhésion des requérants.

249. Dans le cadre légal.

250. Le dépôt de plainte est rare. La possibilité de déposer une plainte est une amélioration symbolique.

3.2. Le droit

La Chambre criminelle de la Cour de cassation déclare que M. Lambert n'a pas qualité pour critiquer « les conditions dans lesquelles a été ordonnée la prorogation d'écoutes téléphoniques sur une ligne attribuée à un tiers... ».

La voie des recours internes étant épuisée, M. Lambert introduit un recours devant la CEDH, sur la base de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH constate que la loi de 1991 présente une qualité d'accessibilité et que l'ingérence était nécessaire. M. Lambert a-t-il disposé d'un contrôle efficace pour contester les écoutes téléphoniques dont il était l'objet ? La CEDH fait valoir que l'analyse de la Cour de cassation peut conduire à des décisions privant de protection les très nombreuses personnes qui conversent sur une autre ligne téléphonique que la leur. « Cela reviendrait à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance. »

M. Lambert a donc été lésé, alors que les articles 100 et suivants du code de procédure pénale n'établissent pas de distinction selon le titulaire de la ligne placée sur écoute. L'article 8 de la Convention a bien été violé.

La CEDH apporte une précision importante, à laquelle la loi et la jurisprudence sont tenues de se conformer.

4. Les demandes à caractère général

La CNCIS est également saisie de demandes à caractère général²⁵¹. Par exemple, la CNCIS a été interrogée sur la légalité de l'enregistrement électronique des communications téléphoniques pratiqué par des intermédiaires financiers. La situation n'entre pas dans le champ de compétence de la commission : seule l'autorité judiciaire, en cas de litige, est habilitée à se prononcer sur la validité de cette mesure.

Néanmoins, la CNCIS a signalé ces demandes à la Commission des opérations de bourse²⁵². Dans sa réponse, le président de la COB précise qu'il connaît cette pratique²⁵³. La COB estime que l'enregistrement, s'il est pratiqué conformément aux critères de licéité, c'est-à-dire au su des salariés et de leurs correspondants, contribue à la moralisation des activités financières. L'interception, qui est un manquement au secret des correspondances, réaffirmé à l'occasion de la loi du 10 juillet 1991, peut être considérée avec faveur par le responsable de la COB²⁵⁴.

251. Cette question intéresse aussi la CNIL.

252. COB.

253. « La Commission des opérations de bourse, qui a connaissance de cette pratique, n'en est cependant pas à l'origine et n'a pris aucune initiative réglementaire en ce domaine. » Cité dans le *V^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1996*, La Documentation française, 1997, p. 30.

254. « Cette pratique, issue de l'usage, de plus en plus répandu, du téléphone dans la passation des ordres de bourse, est destinée à prévenir les contestations susceptibles de naître au sujet de la prise en compte ou de l'exécution de ces ordres. Indirectement, elle permet aussi aux intermédiaires de s'assurer du respect, par leurs salariés, de la déontologie en vigueur au sein de l'entreprise et contribue ainsi à prévenir la circulation ou l'utilisation d'informations privilégiées. » Pour cette raison, la commission estime que l'enregistrement de telles conversations, qui se situe dans un contexte exclusivement professionnel où les atteintes à la vie privée ne sont *a priori* pas à redouter, est un facteur de moralisation des activités financières, et n'appelle aucune réserve dès l'instant que (ce qui paraît être la règle) les salariés et leurs correspondants sont informés de l'enregistrement auquel il est procédé. » Cité dans le *V^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1996*, La Documentation française, 1997, p. 30.

Les consultations générales résultent de la notoriété grandissante de la CNCIS. Quant à la vérification des demandes des particuliers, elle demeure un point sensible ; la loi a privilégié l'intérêt supérieur de l'État, au détriment d'individus qui s'estiment lésés, ou, comme la CNCIS ne cesse de l'indiquer avec diplomatie, « insatisfaits ».

§ II - LA THÉMATIQUE DES PERSONNES PROTÉGÉES

C'est un aspect lui aussi éminemment sensible. En réalité, aucun citoyen ne peut s'estimer protégé au regard des interceptions légales. L'expression n'en est pas moins d'usage courant. Elle englobe deux sujets : d'une part, le statut des parlementaires et des avocats, qui peuvent faire l'objet d'interceptions judiciaires, si le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou le bâtonnier sont prévenus ; d'autre part, le projet visant à interdire les interceptions de sécurité au profit de certaines personnes, en relation avec les « données sensibles » d'« Informatique et libertés ». Aucune exception n'est envisagée en matière d'écoutes de sécurité.

I - LE CADRE JUDICIAIRE

Le statut légal des parlementaires et des avocats ne donne pas entière satisfaction.

A - Un statut protégé autoproclamé : celui des parlementaires

Les députés et les sénateurs souhaitent, à défaut d'une exemption qui aurait été un privilège, et aurait été jugée inconstitutionnelle, bénéficier d'un statut spécifique.

1. La légitimité des parlementaires

Les députés représentent la souveraineté populaire. Les parlementaires sont les détenteurs d'une légitimité électorale nationale. Cette dernière ne doit pas être mise en cause.

2. La modification de l'article 100-7 du code de procédure pénale

Les parlementaires obtiennent, à l'occasion de la discussion sur le projet de loi relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qu'une disposition complète l'article 100-7 du code de procédure

pénale²⁵⁵. L'article 100-7 comprend désormais un nouvel alinéa : « Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'Assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction²⁵⁶. »

La loi de 1995 qui inclut cette disposition²⁵⁷, après avoir été examinée par le Conseil constitutionnel, est publiée au *Journal officiel*²⁵⁸.

B - Les avocats

Les interceptions des communications d'un avocat, sur mandat d'un juge d'instruction, impliquent l'information du bâtonnier.

1. La médiatisation

Bien qu'aucun travail statistique sur les interceptions de télécommunications de lignes d'avocat ne puisse être constitué, la saisine des chambres d'accusation est de plus en plus médiatisée²⁵⁹. Les écoutes téléphoniques sur les lignes d'avocats sont un sujet porteur et rentable pour la presse écrite. Elles donnent également lieu à jurisprudence.

2. La position de la Cour de cassation

La Cour de cassation a été amenée à se prononcer en 1997²⁶⁰ :

2.1. Les faits

M^e X. avait été chargé de la défense de Y et, avait été placé sur écoute, tant à son domicile qu'à son bureau, sur mandat du juge d'instruction. La Chambre d'accusation est saisie d'une demande d'annulation, qui est refusée. La Cour de cassation est amenée à trancher.

2.2. Le droit

Le juge d'instruction, suivi par la Chambre d'accusation, justifie sa décision par le comportement de maître X. : cet avocat avait participé, en novembre 1993, dans un restaurant, à un déjeuner réunissant plusieurs fournisseurs habituels de voitures volées, dont deux multirécidivistes, qui envisageaient d'acquérir des ter-

255. Adoption de la loi à l'Assemblée nationale, le 6 juillet 1994. Adoption de la loi par le Sénat, le 20 octobre 1994.

256. Il s'agit d'interceptions judiciaires.

257. Loi n° 95-125 du 8 février 1995.

258. Publication de cette loi au *JO* le 9 février 1995.

259. Cf. *Le Monde*, *Le Figaro*, *Libération*, la presse régionale, etc.

260. Cour de cassation, crim., 15 janvier 1997.

rains. L'une des personnes mises en examen a été trouvée en possession d'une carte de visite de l'avocat²⁶¹. La Chambre d'accusation croit difficilement que l'avocat pouvait ignorer le passé de ses convives, mais aucune preuve convaincante n'a été retenue. Même si, par extraordinaire, maître X. ne connaissait pas le casier judiciaire de ses compagnons, il s'est comporté avec imprudence, ne s'est pas conformé à la délicatesse que le juge d'instruction et les tribunaux attendent d'un avocat²⁶². Une écoute judiciaire doit demeurer exceptionnelle. Maître X. justifie, par sa fréquentation d'individus douteux, la mise sur écoute décidée par le juge d'instruction.

La Cour de cassation rappelle que si un juge d'instruction peut mettre sur écoute un avocat, cette mesure doit revêtir un caractère d'exception, en raison du respect dû aux droits de la défense²⁶³. La seule justification réside dans des indices de participation à une infraction. En l'espèce, même si maître X. fréquentait des délinquants, aucun indice d'activité délictueuse n'a été présenté contre l'avocat. En conséquence, la Cour d'appel de Marseille a commis une irrégularité, puisqu'elle ne s'est pas conformée au principe qui régit la mise sur écoute²⁶⁴. L'annulation est décidée.

Depuis quelques années, les tribunaux ont confirmé les critères permettant de déterminer quand une mise sur écoute d'un avocat est conforme à la légalité : la commission d'une infraction ou la complicité d'une commission d'infraction sont devenues nécessaires.

Les juges d'instruction ne sont pas tous rigoureux. Le rappel de la Cour de cassation est opportun. Il est suivi par d'autres arrêts. Ainsi, la Cour d'appel d'Orléans confirme un jugement de première instance.

3. Pouvoir du juge d'instruction et droits de la défense

3.1. *Les faits*

Le 17 novembre 1997, le juge d'instruction délivrait une commission rogatoire au commissariat de police pour placer sous écoutes les lignes téléphoniques personnelles et professionnelles d'un avocat.

261. À la fin du xx^e siècle, les cadres et les professions libérales ont pris l'habitude de communiquer leur carte de visite professionnelle à toute personne rencontrée. Cet usage a une finalité moins utilitariste que civile. Le code actuel de la politesse a intégré cette pratique.

262. « Sauf si, par extraordinaire, il ignorait le passé de ses convives, le comportement de maître X. apparaît bien peu conforme aux exigences de dignité et de délicatesse de sa profession », « en tout cas, il est seul responsable par ce comportement, au moins imprudent, d'une mesure qui, si elle n'est pas prohibée, devrait rester tout à fait exceptionnelle. », C. A. de Marseille, cité dans Cour de cassation, 15 janvier 1997.

263. « Le respect des droits de la défense [...] commande notamment la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat désigné par la personne mise en examen. », Cour de cassation, crim., 15 janvier 1997.

264. « Ces seuls motifs [...] n'établissent pas que le juge d'instruction ait été, à la date où il a prescrit l'interception, en possession d'indices de participation de maître X. à une activité délictueuse ; la Chambre d'accusation n'a pas justifié sa décision au regard de ce principe ci-dessus rappelé. », Cour de cassation, crim., 15 janvier 1997.

3.2. *Le droit*

À la lecture de la procédure, rien ne permet de supposer que l'avocat ait commis une infraction ou se soit rendu complice d'une infraction visée au réquisitoire introductif.

Le juge d'instruction ne pouvait prescrire l'écoute de l'avocat, contre lequel il n'existait aucun indice de participation à une infraction. Le pouvoir du juge d'instruction, sauf cas exceptionnel de commission d'une infraction, s'arrête là où s'appliquent les droits de la défense. La Cour d'appel d'Orléans²⁶⁵ rappelle aussi que le secret professionnel est protégé par l'article 6.6.5 de la loi du 31 décembre 1971, modifié par la loi du 7 avril 1997.

La commission rogatoire est annulée ; elle a porté atteinte au respect des droits de la défense. Les statistiques manquent pour déterminer si le juge d'instruction est pleinement conscient du caractère exceptionnel que doit revêtir l'écoute de la ligne d'un avocat dans l'exercice de sa profession. La thématique des « personnes protégées » ne se borne pas aux représentants du peuple et aux tenants des droits de la défense. Elle est plus large et plus diluée.

II - LE CADRE ADMINISTRATIF

A - Le projet d'interdiction d'interceptions de télécommunications au profit de certaines personnes

Lors de la discussion du projet de loi de 1991 devant le Sénat est déposé un amendement n° 47 qui tend à prohiber les écoutes téléphoniques pour des raisons d'opinion. Cet amendement s'intègre dans l'article 1, sur l'inviolabilité du secret des correspondances. Il est présenté comme un complément²⁶⁶. Constitutionnellement, les partis politiques, les organisations syndicales, participent à la vie du pays. La liberté religieuse est garantie. Aussi Charles Lederman souhaite-t-il que ce texte, qui n'innove pas, rappelle les principes auxquels il sera impossible de déroger²⁶⁷. Le rapporteur, Marcel Rudloff, et le ministre Michel Sapin, sont hostiles à cet amendement.

265. Cour d'appel d'Orléans, 24 septembre 1998.

266. Amendement n° 47, déposé par M. Lederman, Mme Fraysse Cazalis, MM. Pagès, Renard, Viron, Bécart, Souffrin, les membres du groupe communiste et apparentés. « Le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est inviolable. Il est interdit de faire procéder à des écoutes téléphoniques à l'encontre d'une personne en raison de ses origines ethniques, de ses opinions politiques ou philosophiques ou religieuses ou de son appartenance à un parti politique ou à une organisation syndicale. », *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2069, 2^e colonne.

267. « Dans notre pays la liberté d'opinion est de règle [...] il nous est apparu nécessaire, dans ces conditions, de le rappeler d'une façon aussi solennelle que possible au début du texte qui sera finalement adopté d'une manière ou d'une autre. », Charles Lederman, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2070, 2^e colonne.

M. Rudloff fait valoir que le délit d'opinion n'existe pas en France, et que les « opinions » ne figurent parmi les motifs prévus en matière d'écoutes de sécurité²⁶⁸. En revanche, au nom de la liberté d'opinion, il serait peut-être possible de limiter les motivations²⁶⁹, ce qui pourrait constituer un danger contre l'ordre public.

Michel Sapin mentionne l'appartenance ethnique à laquelle Charles Lederman n'avait pas fait allusion quand il avait défendu l'amendement. N'oublions pas que la loi « Informatique et libertés »²⁷⁰ prohibait, avec un vaste régime d'exceptions²⁷¹, que soient collectées des données informatisées nominatives concernant l'origine ethnique, les appartenances politiques, religieuses, philosophiques, syndicales. Les diverses libertés ont été légitimées par l'attention qui leur est portée par les défenseurs des droits de l'homme et ont été contrôlées par la CNIL. L'origine ethnique peut être prise en compte à l'occasion de la lutte menée contre le terrorisme²⁷². Michel Sapin reproche à l'amendement d'introduire un principe d'interdiction et d'oublier les exceptions. Le secret des correspondances ne doit pas être violé, mais le régime des exceptions a été prévu pour légaliser les interceptions judiciaires et de sécurité²⁷³. La loi de 1991 repose sur l'équilibre entre la protection du secret des correspondances par voie de télécommunications et l'autorisation accordée aux juges d'instruction et au Premier ministre de procéder à des interceptions. L'amendement n° 47 bat en brèche ce principe : il interdit toute forme d'écoutes téléphoniques²⁷⁴ alors que la finalité de la loi de 1991, qui se met en conformité avec la jurisprudence de la CEDH, précise les cas où les interceptions sont possibles, les modalités qu'il convient de suivre pour les écoutes judiciaires et de sécurité. Le gouvernement partage les préoccupations qui guident les auteurs de l'amendement²⁷⁵. Les interdits ont pour objet de protéger les citoyens. Ces interdits, si l'amendement était voté, figureraient dans l'article premier. Ils

268. « La commission estime que, en toute hypothèse, il ne peut être fait état d'une éventuelle interception des communications téléphoniques à l'encontre d'une personne en raison de ses opinions politiques, philosophiques ou religieuses, puisque les dispositions législatives suivantes excluent ces opinions comme motivation. Par conséquent, il s'agit d'une redondance. », Marcel Rudloff, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2070, 2^e colonne. Il n'est fait mention ni d'interceptions judiciaires ni d'interceptions de sécurité. Les dérives éventuelles en matière d'opinions semblent cependant relever des écoutes de sécurité.

269. Cf. motifs : prévention du terrorisme, délinquance ou criminalité organisée.

270. Cf. *supra*. Loi du 6 janvier 1978.

271. Presse, gestion des organisations politiques, fichiers prévus par l'intérêt public (ministère de l'Intérieur, ministère de la Défense).

272. Ce fut le cas à diverses occasions en France.

273. « Nous affichons un second principe qui est celui de l'exception dans le cadre des limites imposées par la loi. Vous supprimez l'exception. », Michel Sapin, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2071, 1^{re} colonne.

274. « En fait, l'article premier, tel que vous souhaitez le rédiger, reviendrait à interdire toute écoute téléphonique, toute interception. Il n'est manifestement pas l'objet de ce texte qui tend à autoriser celles-ci dans un cadre strictement défini par la loi. », Michel Sapin, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2071, 1^{re} colonne.

275. « Sur le second paragraphe de votre amendement, le gouvernement, comme le Sénat tout entier, j'en suis certain, partage tout à fait vos préoccupations. Il s'agit, en effet, d'interdire de faire procéder à des écoutes téléphoniques à l'encontre de personnes, en raison de leur appartenance ethnique, de leurs opinions politiques, philosophiques, religieuses ou de leur appartenance à un parti politique. », Michel Sapin, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2071, 1^{re} colonne.

seraient privilégiés, alors que d'autres interdits sont inscrits dans la loi. Cette hiérarchie des interdits paraît inopportune à Michel Sapin²⁷⁶. Le gouvernement ne souhaite pas qu'une distinction, voire une graduation, concerne les interdits²⁷⁷. Voilà pourquoi le gouvernement repousse l'amendement n° 47, qui n'est pas adopté. La raison principale de cette opposition réside cependant dans la volonté de ne pas imposer de trop strictes limitations à la pratique licite des interceptions de télécommunications. La CEDH, dans une certaine mesure, a donné l'exemple. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme détermine des concepts clairs qui tendent à protéger les libertés individuelles. La CEDH permet aux États démocratiques de déroger à des articles, au nom de l'intérêt supérieur de l'État, et dans l'observance de règles précises.

À la fin de la discussion du texte de loi, le groupe politique à l'origine de l'amendement affirme sa volonté de ne pas voter le texte de loi et explique ce choix par la négligence qui a été apportée à la proposition mise lors du vote de l'article premier. Les atteintes aux libertés des citoyens ne seraient pas totalement prohibées²⁷⁸. Par l'expression de cette opposition, une certaine fonction tribunitienne s'est exercée.

B - Recherche d'un compromis dans le cadre des libertés individuelles

En fait, les questions qui n'ont pas trouvé une solution entièrement satisfaisante concernent les libertés individuelles. Dans la plupart des cas, un compromis subtil a été conclu entre le principe d'interdiction²⁷⁹, le régime d'exception²⁸⁰, entre les libertés et l'ordre public. Cependant, à certaines zones d'intersections fragiles, le consensus a été établi mais il n'apporte pas de satisfaction intellectuelle pleine et entière. C'est inévitable. Les compromis ne sont applicables que si l'imperfection est admise par l'exécutif et le législatif, dans le respect de la légalité. Cette dernière arbitre de son mieux des intérêts divergents. Aucun texte de loi ne peut prétendre à la quasi-perfection. Le pragmatisme qui a toujours été de mise en droit²⁸¹, mais qui s'impose de plus en plus avec l'emprise croissante du droit économique, propose un nouvel enjeu.

276. « D'autres interdits importants sont inscrits dans le projet de loi. Ils auraient également pu figurer dans l'article premier. Vous privilégiez cet aspect là, je le comprends, car il s'agit d'éléments fondamentaux, mais ils ne sont pas les seuls. », Michel Sapin, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2071, 1^{re} colonne.

277. « Le gouvernement n'estime pas utile d'introduire une distinction entre des interdits très importants qui figureraient à l'article 1^{er} et d'autres, moins essentiels, qui seraient mentionnés aux articles suivants. », Michel Sapin, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2071, 1^{re} colonne.

278. « Vous n'avez pas accepté d'interdire de façon formelle les écoutes téléphoniques liées à une quelconque appartenance politique, syndicale ou philosophique. », Charles Lederman, *JO*, Sénat, séance du 25 juin 1991, p. 2101, 1^{re} colonne.

279. L'inviolabilité de la correspondance.

280. La licéité des interceptions dans le respect des procédures.

281. Le pragmatisme est souvent moins prégnant en droit public qu'en droit privé (cf. droit de la concurrence).

La loi de 1991 est-elle adaptée à l'évolution des technologies et des mentalités ? Peut-elle évoluer en prenant en compte la nouvelle donne du droit des télécommunications ? Le VI^e rapport d'activité du CNCIS témoigne de cet intérêt²⁸², mais la CNCIS ne fait pas les lois. Les autorités publiques devront trancher dans un contexte en constante mutation.

Le régime des écoutes légales a gagné en précision avec les années. La loi, au sens que lui donne la CEDH, s'est améliorée. Le souci de préservation de la vie privée a été réaffirmé tant au niveau international qu'au niveau national.

Cependant, le besoin de sécurité ne cesse de s'affirmer avec l'utilisation rapide des technologies de télécommunications et l'offre renouvelée de services. Plus que jamais, le droit, comme technique, s'adapte aux exigences de l'ordre public. Malgré une législation plus favorable aux libertés individuelles, à la protection de la vie privée, la priorité est donnée à la lutte contre la délinquance et le terrorisme. L'approche des États européens varie en la matière selon leur culture juridique, politique, économique.

La France ne référence pas, dans la loi de 1991, la loi de 1978, « Informatique et libertés », la loi de 1990 (LRT) qui traite de la cryptographie, avant les réformes de 1996, 1999, 2000. Pourtant, la protection des données nominatives automatisées et la cryptographie sont prises en compte dans les interceptions de télécommunications.

Le choix du législateur s'explique par la culture juridique française, qui pratique l'étanchéité entre les normes, les branches du droit. Ce courant est récurrent en matière de doctrine. Il tend néanmoins à se diluer progressivement parce que, dans les secteurs des télécommunications et de l'informatique, les réflexions s'entrecroisent et se complètent. La loi de 1991 est un aboutissement, mais aussi une première étape dans la prise en compte de la licéité des interceptions nécessaires aux États et aux sociétés civiles.

Le contrôle possible de la CEDH rappelle que le binôme initial d'équilibre entre « libertés individuelles et ordre public » demeure au centre de la problématique des interceptions.

282. VI^e Rapport d'activité de la CNCIS, 1997, La Documentation française, 1998, p. 37 à 46.

Conclusion

La situation, au regard de la démocratie et des arrêts de la CEDH, paraît relativement satisfaisante dans le domaine des interceptions. La loi de 1991 a institué un régime précis en matière d'interceptions judiciaires et d'interceptions de sécurité. Dans le domaine des écoutes administratives, la CNCIS a permis d'interpréter certaines clauses qui semblaient parfois imprécises. Le travail effectué sur les motifs¹ semble particulièrement utile. Les demandes des services du ministère de l'Intérieur et du ministère de la Défense, les collaborateurs du Premier ministre, ont des références solides. Les propositions de la CNCIS ont résolu des problèmes pratiques ; un contrôle continu, assez fluide, s'exerce sans trop de difficultés.

Les acteurs principaux, écoutés et écoutants, jouent leurs rôles avec conviction. La mise en scène, diligentée par le législateur, l'autorité réglementaire, le Premier ministre, le juge d'instruction, est souple, facile à respecter. Le principe d'inviolabilité de la correspondance a été réaffirmé².

La vie privée est assez bien protégée au sein de l'Union européenne et la fonction de sécurité est assumée par l'État français. Certes, la vie privée ne bénéficie pas d'une protection absolue, ce qui s'explique par des raisons économiques et par des raisons tenant à l'intérêt public.

La rationalité économique remet en cause les concepts traditionnels exposés dans l'introduction. Le champ de la vie privée est une source potentielle de profits substantiels³. Certes, ce fut toujours le cas avec le droit à l'image⁴. Les personnes notoirement connues ou parfois inconnues, mais sorties de l'anonymat à l'occasion d'un événement publiquement médiatisable, peuvent tenter une action

1. La CNCIS a défini les motifs.

2. Article 1 de la loi de 1991.

3. Avec l'aide du marketing. Cf. Droit des marques. VAN BUNNEN, « La protection des marques de haute renommée, dans le droit interne des pays de la CEE », *Rapport du VII^e congrès international de droit comparé*, 1966 ; Gérard DASSAS, « Conditions et effet de la notoriété, le nouveau droit des marques en France », colloque du 3-4 juin 1991.

4. Chaque personne dispose d'un droit à l'image. Elle peut refuser d'être photographiée, filmée, et s'opposer à la diffusion de photographies ou de films la concernant. Cf. sur l'Internet, Estelle Lefébure, TGI, Paris, référé août 1998. La responsabilité du fournisseur d'hébergement a été retenue. Des photographies du mannequin avaient été diffusées sans son accord.

en référé, pour protéger leur vie privée mais, pour la presse⁵, les amendes à payer font partie des frais fixes. Le nombre des personnes concernées est limité. La notoriété, qui amène certains commerçants à tenter de déposer des marques sans l'accord des intéressés⁶, ou à exploiter les faits et gestes d'une personnalité, est généralement limitée dans le temps⁷. Seuls, les mythes sont destinés à perdurer plus longtemps⁸.

En revanche, les flux informatisés de données, implicitement concernées par la loi sur les interceptions de télécommunications, s'intéressent à tous les citoyens. Chaque personne physique est au moins dotée d'un identifiant à portée nationale et d'un compte bancaire. À travers le suivi des comptes bancaires, et notamment l'utilisation des cartes bancaires, le parcours de chaque individu est analysé avec plus de minutie que si une officine privée s'était chargée d'une filature. Les directives européennes de 1995⁹ et de 1997¹⁰ cherchent à protéger les données nominatives et, au-delà, la vie privée. Le bilan n'est pas toujours en adéquation avec les exigences normatives. En France, de nombreux responsables d'entreprises négligeaient de se soumettre aux obligations d'autorisations et de déclarations prévues par l'ancienne loi pour faire l'économie de frais de gestion, malgré les sanctions pénales prévues, mais peu appliquées. Les cessions de fichiers informatisés de données nominatives participent aux échanges sur les marchés nationaux et internationaux. Les détournements de finalités sont interdites¹¹ et cela inquiète fort les commerçants des divers pays. C'est en effet par le détournement des finalités que les commerçants parviennent à obtenir des informations précieuses sur leurs cibles et à leur adresser des renseignements qui ne sont pas perçus comme agressifs ou inutiles. La prohibition des détournements de finalités, indispensable à la sphère privée, est considérée par certains comme une entrave à la concurrence et au commerce.

Si la vie privée est quelque peu battue en brèche par la rationalité économique libérale, elle est prise en compte par le développement continu du droit humanitaire. Ce dernier sujet est d'ailleurs considéré comme porteur puisqu'il est largement exploité par l'audiovisuel¹². De nouvelles conventions ont été adoptées récemment sur les droits des enfants¹³, sur le droit d'intervention¹⁴, en cas de géno-

5. La presse écrite, radiodiffusée, télévisée, multimédia.

6. Cf. dans les pays anglo-saxons, la marque notoire de réputation internationale peut être protégée, même sans dépôt et usage. PIBD, 1982, II, 4, n° 293.

7. Les produits sont de plus en plus rapidement obsolètes, que le support soit une personne ou une chose.

8. Exploitation des mythes, exemple : Marilyn Monroe, Diana Spencer (intérêts privés), Ernesto « Che » Guevara à Cuba (intérêts privé et public : décollage de l'industrie touristique cubaine).

9. Directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995.

10. Directive n° 97/66/CE du 15 décembre 1997, concernant les traitements des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

11. Art. 6 b de la directive de décembre 1995.

12. Missions médicales et caritatives dans des pays en voie de développement.

13. La Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1988 est entrée en vigueur en février 1991. Elle comprend un comité des droits de l'enfant (article 43 de la Convention), assure la protection et la promotion des droits des enfants. Elle reçoit des informations des ONG.

14. En France, le crime contre l'humanité est invoqué contre les crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale. Cette restriction pourrait être revue.

cide ou de crime contre l'humanité. Certains de ces textes qui tendent à réconcilier le collectif (les communautés) et l'individuel ne s'appliquent pas à la vie privée. D'autres, au contraire, cherchent à élargir le champ d'application du concept de vie privée, par exemple au profit des enfants.

Les écoutes téléphoniques, quand elles sont redoutées par l'opinion publique¹⁵, concernent davantage des personnalités sensibles¹⁶ que des citoyens sans implication dans la vie publique.

Si les salariés continuent à redouter les interceptions professionnelles et la vidéosurveillance, la vie privée est assez bien sauvegardée. Si une interception capte des conversations privées¹⁷, ces dernières ne peuvent pas être utilisées par l'employeur. Ce dernier est tout au plus autorisé à exiger du salarié le remboursement de ses conversations téléphoniques privées¹⁸.

Les écoutes judiciaires sont rarement contraires au droit. Tout au plus est-il permis de se demander si l'écoute téléphonique est toujours l'ultime moyen auquel recourt le juge d'instruction afin de faire apparaître la vérité. Si la Chambre d'accusation est très précise sur les circonstances où les lignes d'avocat sont susceptibles d'être écoutées, elle n'a pas le pouvoir d'apprécier la décision du juge d'instruction à l'encontre d'une personne mise en examen, et encourant deux ans d'emprisonnement.

La vie privée, dans le domaine des écoutes de sécurité, semble mieux garantie à la fin du *xx*^e siècle que dans les années 1980. La fixation des règles par la voie législative a empêché certaines dérives. De nombreux scandales révélés par la presse, et qui ont, selon la CNCIS, éloigné la société civile de la classe politique, trouvent leur origine dans un contexte où la loi n'existait pas. C'est lorsque la loi ou les tribunaux ne peuvent pas intervenir que les risques d'atteinte à la vie privée sont les plus grands. La vie privée encourt peut-être moins de dangers qu'avant la loi de 1991. La CEDH continue à jouer un rôle éminent en matière de libertés individuelles : elle précise quelles clauses des nouvelles normes sont en contradiction avec la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, l'arrêt Valenzuela Contreras c/Espagne conclut-il que le droit interne espagnol¹⁹ n'assure pas la prévisibilité de la loi et viole l'article 8 de la Convention.

Quant à la sécurité, elle est toujours efficace, mais doit s'adapter aux contraintes techniques. Cela implique des investissements plus ou moins lourds.

Les interceptions permettent à l'État de lutter contre le terrorisme, voire contre la délinquance et le crime organisé²⁰. Les moyens de procéder à des écoutes de mobiles ont été rapidement trouvés. Les recherches aboutissent dans le domaine des satellites et dans d'autres secteurs. La collaboration instituée entre les professionnels et l'État commence à porter ses fruits. La sécurité est, de façon récurrente, une préoccupation majeure, non seulement pour l'État, mais pour les acteurs pri-

15. Il s'agit des écoutes de sécurité.

16. Hommes politiques, journalistes.

17. Cour de cassation, Ch. crim., 16 janvier 1990.

18. Cf. écoutes de l'Élysée. Écoutes pratiquées sous le sceau du secret de la Défense.

19. CEDH. Affaire Valenzuela Contreras c/Espagne, 20 juillet 1998.

20. La mafia continue cependant à sévir. Cf. Serge LE DORAN et PHILIPPE ROSE, *Cyber mafias*, Denoël, coll. « Documents Actualité », 1998.

vés. Les directives sur les traitements informatisés de données nominatives insistent sur la sécurité²¹ ; en droit de la consommation, le non-professionnel profane peut exiger la sécurité dans de nombreux secteurs et pas seulement dans les domaines habituels : santé, médicaments²², denrées alimentaires périssables²³, hygiène. Les agences de voyages ont été condamnées²⁴ parce qu'elles n'ont pas assuré une sécurité maximale à leurs clients. Elles en ont d'ailleurs tiré les leçons. Dès qu'une révolution menace, dès qu'une catastrophe naturelle s'annonce, les agences prennent leurs précautions, annulent le programme ou une partie du programme. Quant à la publicité, qui est l'apanage du commerçant, elle est soumise à de sévères limitations en la matière. Avec les années, la réglementation a prohibé ou encadré la publicité dans les secteurs des armes à feu, des médicaments sur prescription médicale²⁵, de l'alcool²⁶, du tabac.

La sécurité est d'ailleurs devenue un argument de vente. Les enquêtes ont démontré que la recherche de sécurité à titre onéreux est exploitable. La prise de conscience des dangers de la pollution par voie aérienne, maritime, a amené la Commission européenne à adopter des directives. Le caractère transgénique de certains composants doit être signalé.

La mode de la nourriture biologique, des boissons minérales, s'explique en partie par une quête de la sécurité. Les constructeurs automobiles ont orienté certaines de leurs campagnes sur de nouvelles mesures, avec succès et pertinence. Le citoyen occidental instruit, dans un contexte où l'insécurité devient une constante de son existence²⁷, est en quête d'une sécurité perdue, bien rare et précieux.

Quant à l'intérêt public, il continue à assumer sa mission sous la responsabilité du Premier ministre auquel est rattaché le SCSSI²⁸. Les écoutes téléphoniques, les interceptions, permettent de protéger l'État contre des dangers tangibles. Après un premier temps d'adaptation difficile, la stabilité des règles législatives a constitué une bonne base de travail.

Cependant, les interceptions recourent de plus en plus à la cryptographie. Cette dernière est déjà usitée pour la circulation de l'information entre le GIC et l'organisme de contrôle. La plupart des données sont cryptées. L'évolution juridique va dans ce sens. L'utilisation de la cryptographie est libéralisée²⁹. Il est probable que la taille des clefs sera toujours plus élevée, et qu'une deuxième « libéralisation » (après celle de 1999) permettra en France le recours systématique à la cryptographie. Si certains contrats d'assurances américains, dans les domaines

21. Article 17 de la directive du 24 octobre 1995. Article 4 de la directive du 15 décembre 1997.

22. Loi du 18 janvier 1994. Article L.551 et s. du code de la santé publique.

23. Article 11 de la loi du 1^{er} août 1995, article 214-1 du code de l'alimentation.

24. Cf. article 223-1 du code pénal : mise en danger des personnes. D. GUÉDON, *INC hebdo*, n° 910, 7 juillet 1995.

25. La publicité auprès du public est interdite pour les médicaments soumis à prescription médicale.

26. Loi Évin du 10 janvier 1991, article L.17 à L.21 du code des débits de boisson.

27. Crainte du chômage : licenciements économiques collectifs importants et petits licenciements économiques. Incertitude quant à la couverture des risques en matière de santé, sur les régimes de retraite (répartition/assurance).

28. Service central de la sécurité des systèmes d'informations.

29. Décrets de 1999 et loi de l'an 2000.

des télécommunications, de l'informatique, du multimédia, prévoient une garantie de cryptographie, il est probable que cette exigence gagnera le continent européen, d'autant que de nombreuses clauses de conventions de télécommunications, d'informatique, de bureautique, de fournisseurs d'hébergements, sont des clauses types préétablies. La plupart des fournisseurs et des prestataires incluent dans leurs contrats des clauses exonératoires de responsabilité. S'ils le pouvaient, les prestataires, les fournisseurs, s'exonéreraient de toute responsabilité. Comme cela n'est pas possible, ils exigent de leurs clients l'instauration de nombreuses garanties.

Dans le cas de l'État français, selon une opinion quasi unanime qui s'est exprimée lors du débat sur le commerce électronique³⁰, la cryptographie ne sera plus seulement pour l'État français une prestation ou un moyen que des personnes privées fournissent, importent ou exportent, mais aussi un instrument qui sera mis au service de l'intérêt supérieur de l'État. Dans ce cas de figure, les logiciels de cryptographie, qui sont vite dépassés, se multiplieront, deviendront rapidement obsolètes, et une poursuite entre les délinquants et l'État s'engagera dans la maîtrise de prestations de cryptographie de plus en plus sophistiquées. Le processus n'est pas prêt de s'arrêter. Il se combine avec la recherche de procédés d'interceptions de plus en plus fiables dans des secteurs plus traditionnels, comme ceux des écoutes téléphoniques. Les services avancés de téléphonie³¹, l'internet, sont l'enjeu d'une bataille où l'État, d'un côté, les criminels de l'autre, font appel aux meilleures expertises. La recherche appliquée dans le domaine des écoutes téléphoniques, des interceptions en général, n'est sans doute pas prête de disparaître du budget de l'État et des délinquants.

Une évolution est cependant prévisible chez les acteurs et dans leurs rapports. Si aucune certitude ne peut être établie quant à l'aboutissement de l'évolution, les contours de la problématique apparaissent clairement. Dans le marché mondialisé globalisé, les matériels d'interceptions seront de plus en plus difficiles à maîtriser.

L'attitude de l'intercepté peut en être affecté. Les États-Unis, quand ils défendent une relative liberté d'entreprendre en matière de flux informatisés de données nominatives, alors même que la sphère privée est atteinte par la diffusion, la vente de fichiers détournés de leurs finalités, arguent de ce que le comportement des agents économiques n'est plus celui qu'a décrit Friedrich List³². Si les sociétés recherchent depuis longtemps la limitation des pertes et la réalisation, voire l'accroissement des bénéfices, le consommateur n'est plus un profane qui s'aventure dans la jungle avec la crainte de se perdre et de ne plus se retrouver. Le droit de la consommation a, non seulement introduit des mesures de protection pour le non-professionnel, mais a hâté un processus de maturation. Le consommateur n'est plus seulement « conditionné » ou informé par la publicité, le marketing, il est de plus en plus apte à s'autoinformer grâce à une intelligente compréhension des circuits micro-économiques. Il a été aidé dans cette mutation, dans ce passage métaphorique, mais aussi réel, de la passivité à la réactivité, par les organi-

30. Rapport Francis Lorentz, 1997. Rapport du Conseil d'État, 1998.

31. Cf. article L.35-5 de la loi du 26 juillet 1996. Les services annexés de téléphonie vocale peuvent être développés par d'autres opérateurs que France Télécom.

32. Friedrich List, *Le Système national d'économie politique*, Gallimard, Livre de Poche, 1998.

sations de consommateurs, qui ne sont pas puissantes en France, mais apportent leur appui à leurs adhérents et se portent fréquemment partie civile dans des procès concernant le monde des télécommunications³³. Le consommateur est capable de discernement, même s'il ne possède pas toutes les informations du cocontractant.

Le consommateur, dans le système des échanges de biens et de services informationnels, n'est-il pas devenu le proconsommateur³⁴ envisagé il y a quelques années ? En effet, les entrepreneurs qui cèdent aux États-Unis des fichiers informatisés de flux de données font remarquer que le client bénéficie du processus, que mieux il est connu par les prestataires et fournisseurs potentiels, et mieux ses besoins seront pris en compte. Avec l'interdiction du détournement de finalité³⁵, l'aléa devient fréquent, les entrepreneurs et les proconsommateurs (ou prosummateurs) risquent les uns et les autres de perdre de l'argent, les uns en transmettant des informations inutiles à leurs clients de moins en moins influençables, les autres en ne disposant pas des renseignements suffisants pour accéder à la maîtrise des besoins.

Ce schéma existe-t-il vraiment ? Sans doute renvoie-t-il à une image qui n'est pas dénuée de fondement. Les enquêtes et le langage comportemental ne sont pas assez précis pour déterminer si l'ère du proconsommateur est advenue aux États-Unis.

Remarquons que cette absence de certitude a une valeur pour l'étude. En effet, le proconsommateur ne perçoit pas la protection de la vie privée de la même façon que le consommateur traditionnel. Le proconsommateur n'est plus l'individu³⁶, la personne soumise à la protection humanitaire. Il est avant tout un acteur économique ; en tant que tel, il se désintéresse probablement de la sphère privée traditionnelle dont le concept serait infléchi par l'apparition d'un proconsommateur quasi universel dans le monde occidental.

Même s'il convient ne pas perdre de vue un relatif infléchissement, l'individu reste toujours attaché à la vie privée et à la sphère privée. Les entrepreneurs américains, bien qu'ils insistent, en matière de cryptographie, sur la rationalité économique induite par la libéralisation, n'en font pas moins chorus avec des associations de défense de la vie privée, qui invoquent le respect de la Constitution³⁷.

Les interceptions téléphoniques n'obéissent pas à la même logique que les interceptions de télématique. La plupart des conversations ont, soit un caractère professionnel, soit un caractère privé³⁸, soit un caractère mixte — professionnel et

33. Cf. C.A. et Cour de cassation/M.S.Z. c/UFC. Un commerçant avait mis en vente des terminaux sans agrément de conformité aux exigences essentielles. Les consommateurs étaient-ils complices ? L'UFC a esté en justice, faisant valoir que les acheteurs n'avaient pas été prévenus de la situation (illégal). Le commerçant ne put prouver qu'il avait mis en garde ses clients. Ces derniers furent relaxés. L'UFC, admise à porter plainte, reçut un franc symbolique de dommages-intérêts.

34. Cf. Alwin Töffler.

35. Le détournement de finalité a lieu, malgré l'interdiction (avec exceptions) des directives de l'Union européenne.

36. Individu : « Personne considérée isolément par rapport à une collectivité ».

37. Le respect de la vie privée est un principe constitutionnel aux États-Unis.

38. Paroles sur des sujets non professionnels.

privé³⁹. Il est rare que soient enregistrées des opérations relevant du démarchage à domicile. Il n'y aurait de toute façon aucune corrélation entre le démarchage et l'écoute⁴⁰.

L'acteur écouté, même si son approche de la vie privée n'est plus identique à celle des années 1960, s'il fantasme sur un Big Brother doté d'une rationalité et d'une omniscience économique, n'en souhaite pas moins la préservation de son intimité. Les chiffres connus n'indiquent aucun fléchissement : il existerait même une augmentation sensible des dépôts de plaintes sur la base des articles 421-3 et suivants du code pénal.

Quant aux « écoutants », ils sont, eux aussi, obligés de tenir compte du marché. Le caractère secret de leur activité est mis en cause par la multiplication de matériels susceptibles de procéder à des interceptions. C'est la raison pour laquelle les professionnels et les autorités publiques poursuivent une concertation vigilante. Cette collaboration, quasi institutionnalisée, est nécessaire. Les opérateurs ne peuvent pas obtenir d'autorisation, de licence⁴¹ s'ils ne s'assujettissent pas aux obligations prévues dans le cahier des charges. Ce dernier n'est pas flexible et lie les opérateurs⁴².

La spéculation n'est plus ignorée. Les représentants de l'ordre public sont obligés de coopérer avec les industriels, et sont tenus de prendre en compte le surcoût supporté par les opérateurs et les fournisseurs. Le droit commercial trouve sa place dans le domaine des écoutes.

Le marché, s'il s'intéresse aux interceptions, ne dénature pas le rôle originel dévolu aux acteurs écoutés et écoutants. L'équilibre instauré entre les deux principaux acteurs est effectif. L'acteur marché reste au second plan, mais il est bien installé sur la scène et les écoutés/écoutants ne peuvent ignorer sa présence. Leur propre relation est en partie conditionnée par les modifications apportées au jeu du marché. Celui-ci est loin d'être négligeable, même dans le contexte de l'humanitarisme et de l'intérêt général. Un autre élément est pris en considération dans le rapport écoutés/écoutants : il s'agit de l'État.

Certes, la vie privée n'entretient pas de relation directe avec la collectivité publique⁴³. La sphère privée s'est associée à l'individualisme. Elle s'insère dans tous les systèmes organisationnels. En revanche, l'intérêt supérieur de l'État peut l'emporter sur les considérations de vie privée, sous certaines conditions qui ont

39. C'est souvent le cas : les correspondants, quand ils se connaissent, ont une conversation professionnelle, mais, par civilité, abordent la sphère privée de l'appelé pour lui signifier qu'il est perçu comme une personne privée.

40. Les chiffres sont fragmentaires ; le ministre de la Justice ne communique pas de statistiques complètes.

41. Directive n° 97/13 du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997. L'article L.33-1 de la loi du 26 juillet 1996 sur les réseaux ouverts au public mentionne les cahiers des charges adjoints aux autorisations. Il en est de même pour le L.34-1 (services téléphoniques ouverts au public).

42. Si les obligations du cahier des charges ne sont pas respectées, l'autorisation, la licence, peuvent être, après mise en demeure, soit suspendues, soit retirées. L'ART joue un rôle déterminant dans les modalités de contrôle.

43. Sur les collectivités publiques, Cf. LOUIS CONSTANS, *Le Dualisme de la personne morale administrative en droit français*, Dalloz, 1966.

été précisées par la CEDH et par les lois des divers pays membres de l'Union européenne.

L'autorité publique et l'État sont donc les supports cadres des interceptions judiciaires, et, surtout, des interceptions de sécurité. Dans le même temps, l'Union européenne se préoccupe des interceptions de télécommunications, par le biais de ses résolutions relatives à l'interception légale des télécommunications⁴⁴.

Le Conseil établit un constat : les personnes physiques ont droit au respect de la vie privée. Ce dernier induit des problèmes spécifiques, en raison des progrès technologiques. Il convient de surmonter les difficultés au regard du droit humanitaire, et de la protection des données nominatives à caractère personnel.

Les dispositions qui autorisent les États membres à opérer une interception légale des télécommunications constituent un condensé des principaux besoins des autorités publiques en matière d'interception légale. Une coopération doit être instituée dans les divers pays de l'Union européenne entre les ministres intéressés. En annexe, le Conseil établit une charte des obligations dévolues aux opérateurs, aux autorités publiques. Les opérateurs de réseaux ou les fournisseurs de services sont tenus de transmettre les données afférentes à l'appel. Le format de transmission est disponible⁴⁵. Le sujet de l'interception ne remarquera pas de modification dans la prestation du service ciblé⁴⁶. Il est interdit aux opérateurs de divulguer les informations sur les méthodes d'interception. Les autorités peuvent demander aux opérateurs qu'ils tiennent un registre protégé des mesures d'interceptions.

Les autorités publiques demandent aux opérateurs de leur garantir des informations sur :

- l'identité du sujet de l'interception⁴⁷,
- les informations afférentes aux services et aux caractéristiques du système de télécommunication utilisé par le sujet de l'interception⁴⁸,
- des informations sur les paramètres techniques de la transmission.

Pendant l'interception, sur demande des autorités habilitées, les opérateurs sont susceptibles de vérifier que les communications reçues au point d'interception sont les communications associées au service ciblé⁴⁹. Ils sont capables de mettre en œuvre des interceptions simultanées. Les délais sont rapides⁵⁰.

Quant aux autorités publiques, elles doivent empêcher toute utilisation non autorisée ou abusive, sauvegarder les informations concernant l'interception⁵¹. Si

44. Résolution du Conseil du 17 janvier 1995 relative à l'interception légale des télécommunications (96/C 329/01) et résolution de 1999.

45. L'accord sur le format se fait par pays.

46. Sur ce chapitre, l'échec est patent. La CNCIS a révélé que certaines personnes sont quasi certaines d'être écoutées, et que leur suspicion n'est pas un fantasme. Cf. *IV^e Rapport d'activité du CNCIS, 1995*, La Documentation française, 1996, p. 24.

47. Le numéro du service, les autres signes distinctifs. Point 6 de l'annexe de la Résolution du 17 janvier 1995.

48. Fournies par les opérateurs de réseaux ou les fournisseurs de services.

49. Le type d'information et/ou d'ordre requis dépend des pratiques admises dans chaque État. Point 7 de l'annexe à la Résolution du 17 janvier 1995.

50. Dans les cas d'urgence, les temps de délais sont réduits à quelques heures ou à quelques minutes.

51. La conception et la mise en œuvre des interceptions sont conformes aux dispositions légales.

l'Union européenne fixe, après le Conseil de l'Europe, les règles en matière d'interceptions légales, elle ne prévoit pas d'autre support que les autorités publiques de l'État-nation. Cependant, l'accélération des progrès technologiques induit une dilution relative des prérogatives étatiques. Le réseau des réseaux (l'internet) ne connaît pas de frontières.

À l'origine du traité de Rome, on trouvait un idéal fédéraliste⁵². Ce dernier a longtemps été abandonné, au profit d'une communauté d'États indépendants liés entre eux par des intérêts économiques que le Conseil et la Commission se sont efforcés de rendre convergents⁵³.

Au début du XXI^e siècle, la perspective des États-Unis d'Europe est d'actualité. Des abandons de souveraineté ont été constatés dans des secteurs aussi sensibles que la banque, la monnaie. Une construction fédérale est souhaitée par certains chefs d'États et des membres de la classe économique/politique dirigeante. Les accords de Maastricht, les traités de Schengen, d'Amsterdam, ont jeté les bases d'un tel édifice.

Si les États-Unis d'Europe étaient créés, les interceptions de télécommunications pourraient relever soit de la compétence des États, soit de la compétence fédérale, soit de la double compétence. Les États-Unis d'Amérique ont choisi l'option fédérale.

Pour l'instant, et même si les États-Unis d'Europe deviennent une réalité, les différences entre les autorités juridictionnelles, les autorités administratives, sont trop importantes pour qu'il puisse être envisagé, à court terme, un espace juridique européen dans ce domaine⁵⁴.

Les interceptions téléphoniques sont pratiquées au niveau régional⁵⁵. Le principe de subsidiarité est actuellement de règle. Il est menacé d'obsolescence par les nouvelles technologies. Il est probable que, sans être remis en cause, il fera l'objet d'une collaboration institutionnalisée entre les personnalités habilitées et les services concernés en matière d'interceptions.

Le concept de respect de la vie privée se ménage, lui aussi, des accommodements, avec, d'une part, les normes prééxistantes, d'autre part, les nouvelles technologies qui, mal maîtrisées, menacent la transparence des faits et des gestes individuels. Une évolution en matière d'interceptions par voie de télécommunications est inévitable et dépend de multiples facteurs : le marché, le droit applicable, la structure légale habilitée à sanctionner les interceptions illicites et à pratiquer les interceptions légales. Cette évolution a un caractère à la fois dynamique et aléatoire. La jurisprudence et la doctrine sont toutes prêtes à rebondir sur un terrain intellectuellement riche et prometteur. Elles continuent à rechercher un difficile compromis entre libertés individuelles, sphère privée et ordre public, dans le cadre d'un marché qui, à travers l'enjeu des outils matériels et des intermédiaires opérateurs, est désormais entendu et pris en compte par l'État.

52. Sur les initiateurs du traité de Rome, cf. Raymond POIDEVIN, *Robert Schuman*, Beauchesne, 1988 ; René LEJEUNE, *Robert Schuman, une âme pour l'Europe*, Saint-Paul, 1986 ; Max KOHNSTAMM, *Jean Monnet ou le pouvoir de l'imagination*, Centre de recherches européennes, 1982.

53. Dans le secteur de l'agriculture, des produits (CEE), puis des services (CEE, puis Union européenne).

54. Les cultures juridiques nationales correspondent à des historicités marquées et diversifiées.

55. C'est-à-dire national.

Bibliographie

OUVRAGES JURIDIQUES

- ACQUAVIVA (J.-C.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2^e édition, Paris, Dunod, 1994.
- ARDANT (P.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 1994.
- AUBRY (C.), *Droit civil français*, 8^e éd., Paris, Librairies techniques, 1989.
- BARTHELEMY (J.), DUEZ (P.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Économica, 1981.
- BEAU (F.), *Renseignement et société de l'information*, Fondation pour les études de la défense, Paris, La Documentation française, 1997.
- BENSOUSSAN (A.), *Le Droit des télécommunications*, Paris, Hermès, 1996.
- BENSOUSSAN (A.), *Informatique et télécommunications*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 1997.
- BERGER (V.), *Jurisprudence de la CEDH*, Paris, Sirey, 1996.
- BOUGERON (R.), *Infraction de la compétence du Tribunal d'instance statuant en matière pénale*, Meaux, chez l'auteur, 1991.
- BRACONNIER (S.), *Jurisprudence de la CEDH et du droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- BRUNETEAUX (P.), *Maintenir l'ordre : les transformations de la violence d'État en régime démocratique*, Paris, Presses de la FNSP, 1996.
- BURDEAU (G.), *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Paris, LGDJ, 1988.
- CABANNE (J.-C.), *Introduction à l'étude du droit constitutionnel et de la science politique*, Toulouse, Privat, 1981.
- CADART (J.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, Économica, 1996.
- CADOUX (C.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e éd., Paris, Cujas, 1995.
- CADOUX (C.), *Théorie générale des institutions politiques*, Paris, Cujas, 1980.
- CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, 23^e éd., Paris, PUF, 1995.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1995.

- CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994.
- CARROT (G.), *Le Maintien de l'ordre en France au XX^e siècle*, Paris, H. Veyrier, 1990.
- CARTUYVELS (Y.), *D'où vient le code pénal ?*, Bruxelles, De Boeck Université, 1996.
- CHAVILDAN (P.-H.), *Droit constitutionnel, institutions et régimes politiques*, Paris, Nathan, 1986.
- CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel et science politique*, 7^e éd., Paris, Armand Colin, 1986.
- CHAVANNE (A.) et BURST (J.-J.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 1993.
- CHEVALLIER (J.), *Désordres*, Paris, PUF, 1997.
- COICAUD (J.-M.), *Légitimité et politique, contribution à l'étude du droit et de la responsabilité*, Paris, PUF, 1991.
- CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, Paris, Masson-Armand Colin 1995.
- CONSTANS (L.), *Le Dualisme de la personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 1987.
- COSTA (J.-P.), *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Paris, Économica, 1993.
- CUBERTAFOND (A.), *Le Pouvoir, la Politique et l'État en France*, Paris, Hachette, 1993.
- DANTI-JUAN (M.), *L'Égalité en droit pénal*, Paris, Cujas, 1987.
- DEBBASCH (Ch.), *Droit constitutionnel et institutions publiques*, 3^e éd., Paris, Économica, 1990.
- DECOOPMAN (N.), *La Commission des opérations de Bourse et le droit des Sociétés*, Paris, Économica, 1980.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (M.), *Droit bancaire*, Paris, Memento Dalloz, 1994.
- DELMAS-MARTY (M.), sous la direction de, *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, PUF, 1992.
- DELMAS-MARTY (M.), *La Mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation française, 1991.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le Flou du droit du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1980.
- DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Économica, 1992.
- DENQUIN (J.-M.), *La Genèse de la V^e République*, Paris, PUF, 1988.
- DOUCET (J.-P.), *La Protection pénale de la personne humaine*, Liège, Université de Liège, 1979.
- DUBOURG-LAVROFF (S.), *Le Pouvoir normatif des ministres en Grande-Bretagne*, Paris, Litec, 1990.
- FELLOUX (R.), *Le Problème du domaine public : évolution et solutions actuelles*, Paris, Dalloz, 1932.
- FONTAINE (M.), CAVALERIE (R.), HASENFORDER (J. A.), *Dictionnaire de droit*, Paris, Foucher, 1998.
- FRANGI (M.), *Constitution et droit privé : les droits individuels et les droits économiques*, Paris, Économica, 1992.
- FRAYSSINET (J.), *Informatique, fichiers et libertés*, Paris, Lictec, 1992.

- GATTO (D.) et THONIG (J.-C.), *La Sécurité publique à l'épreuve du terrain*, Paris, L'Harmattan, 1993.
- GEORGEL (J.), *Les Libertés de communication : contrôle d'identité, écoutes téléphoniques, vidéo surveillance*, Paris, Dalloz, 1996.
- GHESTIN (J.) et COURBEAUX (G.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 1990.
- GONZALVEZ (F.), *La réalité du mensonge : de saint-Augustin aux modifications apportées à sa sanction par le code pénal*, préface de Gaëtan Di Marino, Paris, Économica, 1996.
- HARTMANN (C.), *Commentaires du nouveau code pénal*, La Baule, Éd. La Baule, 1995.
- HEBRAUD (V. P.), *La Part de la loi et du décret dans la réforme de la loi et du décret*, Paris, Berger-Leuvrault, 1990.
- HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, Paris, PUF, 1994.
- JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1991.
- JEANDIDIER (W.) et BELOT (J.), *Les Grandes décisions de la jurisprudence*, Montréal, Thémis, 1986.
- KAYSER (P.), *La Protection de la vie privée*, Paris, Économica, 1998.
- , *La Protection du secret de la vie privée*, Paris, Économica, 1984.
- LANZA (A.), *L'Expression constitutionnelle de l'administration française*, Paris, LGDJ, 1984.
- LARGUIER (J.), *Le Droit pénal*, 7^e éd., Paris, PUF, 1981.
- LA ROSA (A.-M.), *Dictionnaire du droit international pénal*, Paris, PUF 1998.
- LAVENUE (J.-J.), *Dictionnaire de la vie politique et du droit constitutionnel américain*, Paris, L'Harmattan, 1995.
- LEFORT (F.), *La France et son droit : la constitution de la liberté*, Paris, Les Belles Lettres, 1991.
- LE GUNEHÉC (F.), *Le Nouveau Droit pénal*, Paris, Économica, 1995.
- LEROY (P.), *Les Régimes politiques des États libéraux*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1992.
- LE STANC (C.), *L'Acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Paris, Litec, 1977.
- LEVASSEUR (G.), CHAVANNE (A.), MONTREUIL (J.) et BOULOC (B.), *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, Sirey, 1999.
- LUCHAIRE (F.), *La Protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Économica, 1997.
- LYON-CAEN (G.), *Les Libertés publiques et l'emploi*, Paris, La Documentation française, 1992.
- MARGUENAUD (J.-P.), *La CEDH*, Paris, Dalloz, 1996.
- MARIN (B.), *La Déclaration obligatoire des fichiers des banques de données nominatives*, Paris, Hermès, 1993.
- MAUS (D.), sous la direction de, *Les Grands textes de la pratique institutionnelle de la V^e République*, Paris, 5^e éd., Paris, La Documentation française, 1990.
- MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, 6^e éd., Paris, Cujas, 1988.
- MODERNE (F.), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*, Paris, Économica, 1993.
- MOREAU (J.), *La Responsabilité administrative*, Paris, PUF, 1986.

- NICOLAS NELSON (D.), *La Coopération juridique internationale des démocraties occidentales en matière de lutte contre le terrorisme*, Paris, L'Harmattan, 1987.
- PLIAKOS (A.), *Les Droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- PRADEL (J.), *Le Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 1995.
- PRADEL (J.) et DANTI JUAN (M.), *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1995.
- RASSAT (M.-L.), *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1998.
- SCHMIDT (J.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Memento Dalloz, 1991.
- STIRN (B.), *Les Sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ, 1989.
- ROUX (A.), *La Protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Paris, Économica, 1983.
- VANDERSANDEN (G.) et DONY (M.), *La Responsabilité des États-membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- VERON (M.), *Droit pénal spécial*, Paris, Masson-Armand Colin, 1996.
- VIALLE (P.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Hermès, 1984.
- ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998.

OUVRAGES NON JURIDIQUES

- ALIAS (N.), *La Société des individus*, Paris, Fayard, 1992.
- AUMONT (J.), *L'Image*, Paris, Nathan, 1990.
- BARRIA (J.), *L'Utopie ou la guerre, d'Érasme à la crise des euromissiles*, Louvain-La-Neuve, Ciaco, 1986.
- BERTHO (C.), *Histoire des télécommunications*, Paris, Livre de Poche, 1981.
- BETTELHEIM (B.), *Psychanalyse des contes de fées*, rééd., Paris, Robert Laffont, 1996.
- BORELLA (J.), *Le Mystère du signe : histoire et théorie du symbole*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1989.
- COSSERON (S.), *Des Allemagnes à l'Allemagne, 1945-1993*, Paris, Hatier, 1993.
- CROZIER (M.), *La Crise de l'intelligence : essai sur l'impuissance des élites à se réformer*, Paris, Le Seuil, 1998.
- CROZIER (M.), *L'Entreprise à l'écoute : apprendre le management*, Paris, Saul, 1994.
- CROZIER (M.), *État modeste, État moderne : stratégies pour un autre changement*, Paris, Fayard, 1991.
- CROZIER (M.), *Où va l'administration française ?*, Paris, Éditions de l'Organisation, collection sociologie des organisations, 1974.
- DOUGLAS (M.) et GUERIN (A.), *De la souillure, essai sur les notions de pollution et de tabou*, Paris, La Découverte, 1992.

- DURAND (Y.), *Les Archétypes, dans « l'exploration de l'imaginaire, introduction à la modélisation des univers mythiques »*, Paris, L'Espace bleu, 1965.
- DUROY (S.), BARZAL (R.), GIRAUX (D.), *Les Procédés de la démocratie semi-directe dans l'administration locale en Suisse*, Paris, PUF, 1985.
- ECO (U.), *Le Signe, histoire et analyse d'un concept*, Bruxelles, Éd. Labor, 1990.
- EHRlich (M.-F.), TARDIEU (H.) et CAVAZZA (M.), *Les Modèles mentaux, approche cognitive des représentations*, Paris, Masson, 1995.
- GALMICHE (M.), *Sémantique, linguistique et logique*, Paris, PUF, 1991.
- GARRISSON (J.), *L'Édit de Nantes, chronique d'une paix attendue*, Paris, Fayard, 1988.
- GARRISSON (J.), *L'Édit de Nantes et sa révocation, histoire d'une intolérance*, Paris, Le Seuil, 1995.
- GROSSMAN (P.), *Démokratie in Deutschland als Problem und Aufgabe*, Don Bosco Verlag, 1978.
- HANDY (C.), GORDON (C.) et GOW (Y.), *Formation des managers*, Paris, Eyrolles 1990.
- HERMET (G.), *L'Espagne en 1975, évolution ou rupture*, Paris, Presses de la FNSP, 1976.
- KLEIBER (G.), *Essai de la sémantique référentielle*, Paris, Armand Colin, 1994.
- KOESTLER (Arthur), *Le Zéro et l'Infini*, Paris, Livre de Poche, 1995.
- KOHUSTAMM (M.), *Jean Monnet ou le pouvoir de l'imagination*, Strasbourg, centre de recherches européennes, 1982.
- LEFEBVRE (A.), *Les Conversations secrètes des Français sous l'occupation*, Paris, Plon, 1993.
- LEJEUNE (R.), *Robert Schuman, une âme pour l'Europe*, Paris, Saint-Paul, 1986.
- LEVI MAKARIUS (L.), *Le Sacré et la violation des interdits*, Paris, Payot, 1979.
- MACHIAVEL, *Le Prince*, Paris, Livre de Poche, 1962.
- MOSSE (C.), *La Fin de la démocratie athénienne*, Paris, PUF, 1902.
- POIDEVIN (R.), *Robert Schuman*, Paris, Beauchesne, 1988.
- PORTELLI (H.), *La Sociologie politique*, Paris, Les Cours de droit, 1990.
- POUTOUX (J.-P.) et DUPUIS (J.), *Les Oreilles du président*, Paris, Fayard, 1996.
- RENARD (G.), *Les Répercussions économiques de la guerre actuelle sur la France*, Paris, Alcan, 1917.
- SAINT-THOMAS, *Somme théologique*.
- SCHWARTZENBERG (R.-G.), *La Sociologie politique*, Paris, Montchrestien, 1988.
- SOLJENITSYNE (A.), *Le Premier cercle*, Paris, Robert Laffont, 1968.
- VIDAL-NAQUET (H.), *Face à la raison d'État, un historien dans la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte, 1989.
- WEISS (L.), *Souvenir d'une enfance républicaine*, Paris, Denoël, 1937.
- WEISS (L.), *Mémoires d'une Européenne. Tome trois : Combats pour les femmes*, rééd., Paris, Albin Michel, 1983.
- WIEVCORK (M.), *Société et terrorisme*, Paris, Fayard, 1988.
- WILL (E.), *Histoire politique du monde hellénistique*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1982.
- WUNENBURGER (J.-J.), *Le Sacré*, Paris, PUF, 1981.

TRAVAUX DE RECHERCHE

Colloques

- CABANIS (D.), *Constitutionnalisme américain et opinion : incidences internes et externes*, colloque de Toulouse, avril 1998.
- DI MARINO (G.) (rapport), *Le Statut des écoutes et enregistrements clandestins ou écoutes pénales*, 8^e congrès de l'Association française de droit pénal, Grenoble, 1985.
- GUERY (C.), *Les Écoutes téléphoniques judiciaires*, École nationale de la magistrature, mai 1995.
- « La garde à vue en question », colloque de Bordeaux, document ACAT, 1995.
- « Maintien de l'ordre et polices en France et en Europe au XIX^e siècle », Paris, colloque de Paris et Nanterre, 8-10 décembre 1983, Créaphis, 1987.
- « L'ordre public à la fin du XX^e siècle », textes présentés au colloque d'Avignon, 7 octobre 1994, Dalloz, 1996.
- « La réglementation des écoutes téléphoniques dans les pays de la CEE », congrès d'Urbino des 10, 11, 12 mars 1994, Agon, juillet 1994.
- « Recherche de droit comparé des droits de l'homme », actes du colloque du 22 mars 1996 en la grande Chambre de la Cour de cassation, organisé par l'université Robert-Schuman de Strasbourg, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- « Secret et démocratie » dans le colloque « Droit et démocratie » organisé au Sénat le 22 mai 1996.
- « Secret et transparence en démocratie », colloque organisé les 14 et 15 mars 1996 par l'École nationale de la magistrature.
- « Surveillance, technologie et démocratie », colloque à l'IEP de Grenoble, le 10 mai 1996.
- « Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel », colloque de septembre 1987 organisé par le Centre de théorie du droit de l'université Paris-X-Nanterre, Éditions de l'Espace européen, 1992.
- « Vers un droit pénal communautaire », actes de la journée d'étude du 28 novembre 1994 organisée par l'Association de recherches pénales européennes, rassemblés sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Dalloz, 1995.
- « Vie privée, secrets d'État et droits de l'homme », colloque du 14 février 1995 à l'université Jean-Monnet de Saint-Etienne.

Mémoires de DEA et thèses

- BASSET (F.), « Les Écoutes téléphoniques administratives, l'exemple de la France et de quelques autres démocraties », DEA de droit, Rennes, 1997.
- BLANC (H.), « Michel Debré et les institutions de la V^e République », mémoire pour l'IEP de Paris, 1972.
- CHALAZONITTI (O.), « La Protection de l'individu à l'égard des flux transfrontières de données à caractère personnel », mémoire de DEA, Aix-en-Provence, 1990.

- DUMA (E.), « Les Écoutes téléphoniques en droit français », mémoire de DEA, Aix-en-Provence, 1994.
- LELIES (I.), « La Protection pénale de la vie privée », thèse de droit, Aix-Marseille III, 1998.
- MAYAUD (Y.), « Le Mensonge en droit pénal, essai d'une théorie générale », thèse de droit, Lyon III, 1996.
- PUIG (D.), « Le COCOM et les exportations de produits informatiques », mémoire de DEA, Montpellier, 1990.
- WARUSFEL (B.), « Le Secret de la Défense nationale », thèse, Paris V, 1994.

RAPPORTS OFFICIELS

- LASCOUMES (P.) et BARBERGER (C.) (sous la direction de), « Le Droit pénal administratif, instrument d'action étatique », Paris, Commissariat au plan, 1980.
- « Les Enjeux de la Grande Europe : le Conseil de l'Europe et la sécurité démocratique », Strasbourg, La Nuée bleue, Éd. du Conseil de l'Europe, 1996.
- « Les Pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions », étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 décembre 1994, Le Conseil d'État, section du rapport et des études, Paris, La Documentation française, 1995.
- « Le Respect de la présomption d'innocence », Sénat 1995, « Justice et transparence », procès-verbal de la séance du 5 avril 1995.
- MARTIN-LALANDE, « Rapport sur le multimédia », 1997.
- TREGOUET (R.), « Des Pyramides du pouvoir aux réseaux des savoirs », rapport du Sénat, 1997.
- RASSAT (M.-L.), « Proposition de réforme », rapport au garde des Sceaux, 1995, p. 60 et suiv.
- Rapport du Conseil d'État, « Informatique et libertés », mars 1998.
- Rapport du Conseil d'État, « Internet et les réseaux numériques », 1998.
- Rapport du Conseil d'État, « Le Secret défense », 1995, Études et Documents, 1997.
- Rapport de l'ART, 1998, 1999, 2000.
- Rapports de la CADA, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000.
- Rapports de la CNIL, 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000.

ARTICLES

Articles non juridiques (parus dans *Le Monde*)

- BIFFAUD (O.), « Écoutes de l'Élysée : Lionel Jospin s'apprête à lever le secret défense », 9 juin 1997, p. 10.
- CEAUX (P.), « Le nombre d'écoutes administratives est resté stable en 1997 », 2 mai 1998, p. 18.

- , « Les déclarations de M. Mandelkern plongent les écoutes de l'Élysée dans une impasse (sous-titre : Dieudonné Mandelkern a fourni une définition plus restrictive que celle du Premier ministre pour le secret défense) », 25 avril 1998, p. 10.
- , « Écoutes de l'Élysée : M. Jospin refuse une levée globale du secret défense », 1^{er} avril 1998, p. 10.
- , « Écoutes de l'Élysée : la démarche de M. Jospin se heurte au secret de l'instruction », 4 avril 1998, p. 9.
- , « Une commission indépendante sera saisie des demandes de levée du secret défense », 18 décembre 1997, p. 31.
- CEAUX (P.), GATTEGNO (H.), « Le mystère des disquettes », 14 janvier 1999, p. 8.
- CHAMBRAUD (C.), « La commission des lois souhaite un contrôle des mises sur écoute des parlementaires », 6 juillet 1994, p. 7.
- CHEMIN (A.), « Le Premier ministre intervient dans l'affaire des écoutes », 29 décembre 1997, p. 20.
- , « Paul Bouchet propose une réforme des écoutes téléphoniques », 2 mars 1996, p. 7.
- , « Alain Krivine va porter plainte après la révélation d'une nouvelle affaire d'écoutes téléphoniques », 27 février 1996, p. 11.
- GATTEGNO (H.), « Les curieux méandres d'une bien étrange affaire », décembre 1999, p. 12.
- , « Il faut que les ministres s'excusent auprès des victimes », 15 janvier 1999, p. 10.
- , « Les écoutes de l'Élysée étaient un attentat à la constitution », 2 octobre 1996, p. 8.
- , « Le Bottin téléphonique du cabinet noir », 20 février 1995, p. 8.
- GATTEGNO (H.) et INCIYAN (E.), « M. Jospin pourrait trancher sur les écoutes de l'Élysée », 28 novembre 1997, p. 12.
- , « Paul Bouchet dénonce un "usage abusif de la procédure", 22 février 1995, p. 7.
- GEORGES (P.), « Les maîtres écouteurs », 30 mars 1996, p. 30.
- GIRANDO (A.), « L'affaire des écoutes téléphoniques : la mission impossible de la CNCIS », 11 mars 1993, p. 11.
- GUIGNON (L.), « Au tribunal de Bourg-en-Bresse, un journaliste condamné pour avoir diffusé des écoutes sur les activités d'un marchand d'armes », 18 décembre 1993, p. 12.
- INCIYAN (E.), « L'instruction sur les écoutes de la cellule de l'Élysée est terminée », 25 décembre 1999, p. 10.
- , « M. Mandelkern succède à M. Paul Bouchet à la tête de la CNCIS », 17 septembre 1997, p. 32.
- , « La CNCIS s'inquiète du développement des écoutes sauvages », 29 mars 1996, p. 9.
- INCIYAN (E.), « Matignon connaissait dès janvier les abus commis lors des écoutes du docteur Maréchal », 23 février 1995, p. 13.
- MALINGRE (V.), « Des compagnies aériennes mettent sur écoute leurs agents de réservation », 3 juin 1997, p. 21.

- « La mise sur écoute d'une présidente d'association est jugée légale », 3 février 1997, p. 8.
- PEYROR (M.), « Au tribunal correctionnel de Lille, un an de prison est requis contre le substitut général », 8 octobre 1994, p. 11.
- , « L'espionnage du Conseil national du parti socialiste par un policier des renseignements généraux », 9 juillet 1994.
- PHILIPPE (B.), « Un mois d'écoutes téléphoniques pour l'avocat des sans-papiers tourangeaux », 23 juillet 1998, p. 7.
- PLENEL (E.), « Une police de trop : l'espionnage du Conseil national du PS par un policier pose la question de l'existence des renseignements généraux », 9 juillet 1994, p. 1.
- PRIEUR (C.), « La France condamnée par la CEDH (affaire Lambert) », 27 août 1998, p. 21.
- « Deux journalistes, Jean-Marie Pontout et Jérôme Dupuis, condamnés pour recel de violation du secret de l'instruction dans "*Les Oreilles du président*" », 14 septembre 1998, p. 27.
- « Perquisition chez un psychanalyste », 5 mars 1999, p. 32
- « Six associations critiquent la mise sur écoutes téléphoniques de l'avocat qui défend un sans-papiers algérien », 27 juillet 1998, p. 22.

Articles juridiques

- ARENS (C.), « Les interceptions de correspondance émises par la voie des télécommunications », *Juris PTT*, 1991, n° 25.
- BADINTER (R.), « La protection de la vie privée contre l'écoute électronique téléphonique clandestine », *JCP*, 1971, I, n° 243.
- BARBERIS (J.), « Enregistrement clandestin et preuve pénale. » *Les Petites Affiches* n° 21, 20 janvier 1999, p. 14-19.
- BELIVEAU (P.), « La surveillance électronique au Canada de 1974 à 1993 : une révolution juridique », *Revue pénitentiaire*, 1996, p. 101.
- BOSSOUTROT (C.), « L'utilisation des automates d'appel », *DIT* 92/ 3, p. 83-84.
- BOUCHET (P.), « Les écoutes téléphoniques », *Après-demain*, septembre-octobre 1995.
- BRIAT (M.) et PITRAT (C. M.), « Protection de la vie privée et données personnelles », *DIT*, 98/3, p. 11-18.
- BULIER (A.), « La loi sur la police au Royaume-Uni, chronique d'un projet répressif », *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 715.
- CARMINATI (J.-P.), « Les non-dénonciations de la CNIL au Parquet », *Expertises des SI*, février 1995, p. 67-72 et mars 1995, p. 104-108.
- CHAMOIX (J.-P.), « L'informatisation : trois défis aux libertés », *JCP*, Éd. G, 1981, I, n° 3025.
- BUREAU (V. H.), « La présomption d'innocence devant le juge civil : cinq ans d'application de l'article 9.1 du code civil », *JCP*, Éd. G, 1988, I, 166.
- CHAVANNE (A.), « La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1976 », *Revue de sciences criminelles*, 1971, p. 614.

- COSTA (J.-P.), « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle » in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, 1988, p. 133 et 135.
- DURAND (P.), « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République », *JCP*, 1959, I, 1470.
- DUTOUR (B.), « Preuve et télécopieurs », *Expertises des SI*, octobre 1995, p. 338-339.
- ERSSEN (M.-A.), « L'interaction de la jurisprudence constitutionnelle nationale et de la jurisprudence de la CEDH », *STH*, p. 141-142.
- FLAUSS (J.-F.), « Écoutes téléphoniques : le point de vue de Strasbourg », *Revue française de droit administratif*, 1991, n° 1.
- FRAYSSINET (J.), « Les fichiers des renseignements généraux, accès et rectification des données, commentaires de la décision du 30 novembre 1994 », *Expertises des SI*, septembre 1995, p. 306-307.
- , « Les fichiers des renseignements généraux et l'application de la loi Informatique, fichiers et libertés », *Cahiers Lamy*, mars 1992, p. 2.
- , « La communication et l'utilisation des listes électorales : de l'organisation du soutien à la communication politique », *JCP*, Éd. G, 1989, I, n° 300.
- , « Le Conseil d'État et le contrôle de légalité d'un traitement automatisé de données nominatives créé pour le compte de l'État », *Cahiers Lamy*, avril-mai, 1988, p. 20.
- , « Informatique, fichiers et libertés ou comment amputer une loi tout en raffermissant son application », *Droit de l'informatique*, 1987, mise à jour I, p. 3 et *JCP*, Éd. G, 1988, I, n° 1323
- , « La loi du 6 janvier 1978 », *Revue de droit public*, 1978, p. 1094.
- GRAVEN (J.), « Microphones et tables d'écoute comme instruments d'enquête pénale », *Revue internationale de droit criminel*, 1958, p. 152.
- GUERRIER (C.), « Les nouveaux textes sur les télécommunications en Allemagne et en France : un éclairage révélateur », *DIT 97/4*, p. 62 à 71.
- , « Les écoutes de sécurité entre libertés publiques et intérêt général », *Petites Affiches* n° 90, 28 juillet 1995, p. 26.
- , « Écoutes téléphoniques et protection de la vie privée », *DIT 91/3*.
- GUINNIER (D.), « Réglementation des moyens cryptologiques. Concepts et mécanismes de séquestre des clés », *Expertises des SI*, avril 1997, p. 143-146.
- , « Sécurité et cryptologie, La guerre de l'information et des technologies afférentes », *Expertise des SI*, p. 306-310.
- ITEANU (D.), « Equipements terminaux de télécommunications : la procédure d'agrément », *Expertise des SI*, mai 1994, p. 184-186.
- KAYSER (P.), « La loi du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques », *La semaine juridique*, *JCP*, Éd. G, n° 8, 1992.
- , « Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles » dans *Mélanges*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 725 et suiv.
- , « La conformité à la Convention des droits de l'Homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives », *Dalloz*, 1991, p. 17.
- KOERING-JOULIN (R.), « De l'art de faire l'économie d'une loi », *Dalloz*, 1990, p. 137.
- LAMBERT (L.), « Traité de droit pénal spécial », supplément mis à jour, 1971, p. 45.
- LEAUTE (J.), « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *Revue de sciences criminelles*, 1953, p. 47.

- LECLERC (H.), « Nouvelles technologies et vie privée », *Expertises des SI*, juin 1994, p. 219-222.
- LE LARGE (P.), « Télécommunications et concurrence : l'apport des décisions Atlas/Phoenix dans la politique des conditions d'octroi d'exemption par la Commission européenne aux entreprises communes coopératives », *DIT* 97/4, p. 52 à 62.
- LINDON (R.), « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *D.*, 1971, chro. 111, n° 20.
- LORANT (A.-C.), « La vidéosurveillance et la loi du 21 janvier 1995 sur la sécurité », *DIT* 95/4 p. 9-10.
- MACHIMURA (V.), « La réglementation des télécommunications et le statut des fournisseurs d'accès au Japon », *DIT* 98/1 p. 87 à 89.
- MAISL (H.), « Commentaires de " Le secret de la Défense nationale " par B. Warusfel », *DIT* 95/1, p. 97.
- MALLET-POUJOL (N.), « Informatique et libertés : quel second souffle ? », *DIT*, 94/1, p. 9.
- MARON (A.), « Rien n'est perdu fors l'honneur », *Droit pénal*, juin 1990.
- MARTIN (D.), « La CNIL et les renseignements généraux », *Expertises des SI*, décembre 1994, p. 427 à 435.
- MERLE (R.), « La Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 1991, Chr. 2275.
- MIE (A.-L.), « La fin des négociations à l'OMC sur les services de télécommunications de base : un succès et des perspectives nouvelles pour les entreprises du secteur », *DIT* 97/1, p. 51 à 53.
- , « Évolution dans le secteur des services de télécommunications », *DIT* 92/4, p. 70-71.
- MOLE (A.), « L'informatique et le droit au respect de la vie privée des salariés » *Les Petites Affiches*, 1988, n° 25, p. 8.
- MONTGERMONT (T.), « Pleine concurrence sur le marché : directive du 13 mars 1996 », *Expertises des SI*, septembre 1996, p. 312 et suiv.
- NOUEL (B.), « L'obligation faite à France Télécom de fournir la " liste orange " des abonnés à son concurrent », *Expertises des SI*, avril 1994, p. 146 à 149.
- PETTITI (L.-E.), « Droits de l'homme », *Revue de sciences criminelles*, 1990, p. 615.
- , « Sur le droit anglais », *Gazette du Palais*, 1981, doct. 236.
- POULLET (Y.), « Le fondement du droit à la protection des données nominatives, " propriétés ou libertés " dans *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis, p. 175.
- PRADEL (J.), « De l'enquête pénale proactive, suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, chr., p. 57.
- , « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications », *Dalloz*, 1992, p. 42.
- , « Les écoutes téléphoniques judiciaires, un régime sous surveillance », *Revue française de droit administratif*, janvier-février 1991.
- , « Commentaires des arrêts Kruslin et Bacha Baroudé », *Dalloz-Sirey*, 24^e cahier, p. 35-36.
- RIVERO (J.), « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968.

- ROSENFELD (S.), « Libéralisation des produits à 40 bits », *Expertises des SI*, novembre 1997, p. 331.
- , « Vidéosurveillance : 3 500 déclarations à Paris », *Expertises des SI*, 8 août 1997, p. 250.
- , « Exemption communautaire pour Atlas et Global One », *Expertises des SI*, octobre 1996, p. 343.
- , « L'application de l'article du code des P et T contraire au droit communautaire », *Expertises des SI*, juillet-août 1996, p. 247.
- , « Autocommutateur, deux normes pour simplifier la déclaration auprès de la CNIL », *Expertises des SI*, janvier 1995, p. 10.
- , « La loi " Informatique et libertés " à l'ère du multimédia », *Expertises des SI*, juin 1994, p. 216.
- , « La nouvelle réglementation sur la cryptologie (textes d'application de loi de 1990) », *Expertises des SI*, mars 1993, p. 86.
- , « Vidéo-surveillance : la CNIL s'interroge sur sa compétence », *Expertises des SI*, janvier 1993, p. 10
- SUDRE (F.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP*, 1998, 1105, p. 142 (commentaire de l'arrêt Lambert).
- , « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention : le protocole n° 11 additionnel à la Convention », *JCP*, 1095, I, p. 3844.
- VAN DER MENSBRUGGHE (F.), « Nouvelle étape envisagée dans la libéralisation des télécommunications aux États-Unis », *DIT 94/4*, p. 98-99.
- VITU (A.), *Droit pénal*, n° spécial, p. 1650.
- WARUSFEL (B.), « Télécommunications et Défense nationale dans un marché concurrentiel », *DIT 94/1*, p. 87-88.
- , « Le contrôle des exportations de technologie à double usage : le droit français réagit face au marché unique », *DIT 93/2*, p. 82-83.
- , « Le fichier des renseignements généraux : bonnes intentions et malentendus juridiques », *DIT 91-4*, p. 83.
- YASUNAGA (M.) et NAITO (A.), « Les développements récents sur la protection de la vie privée au Japon », traduction d'Odile Courjon et Jean-Philippe Barraudon, *DIT 92/2*, p. 83 à 86.