



**COUR DE CASSATION**

**AVIS ORAL DE M. DESPORTES,  
AVOCAT GÉNÉRAL**

**Arrêts n° 769, 771, 772, 773 et 774 du 12 juillet 2022 – Chambre  
criminelle**

**Pourvois n° 20-86.652, n° 21-83.710, 21-83.729, 21-84.096 et 21-  
83.820**

**Question de la compétence du ministère public pour autoriser l'accès  
aux données de connexion**

J'aborde donc la seconde question de fond qui vous est soumise : celle de la conformité au droit de l'Union des dispositions du code de procédure organisant l'accès aux données de connexion. Pour l'essentiel, il s'agit de savoir si l'autorité désignée par la loi pour accéder à ces données, ou y autoriser l'accès, remplit les conditions exigées par le droit européen. La question se pose pour l'accès aux données de connexion relatives à des communications passées et donc pour l'accès en temps différé. Mais elle se pose également pour l'accès aux données en temps réel, auquel la loi réserve la dénomination de géolocalisation.

Avant tout, un bref rappel du dispositif national.

Au cours de l'information, que ce soit en temps différé, en application des articles 99-3 et 99-4 du CPP, ou en temps réel, en application de l'article 230-33, l'accès aux données de connexion est requis sur délégation ou sur autorisation du juge

d'instruction. Au cours de l'enquête, le dispositif est moins monolithique mais le procureur de la République y occupe une place centrale.

Pour l'accès aux données en temps différé, les règles figurent aux deux paires d'articles bien connues : 60-1 et 60-2, pour l'enquête de flagrance, 77-1-1 et 77-1-2 pour l'enquête préliminaire. En flagrance, l'enquêteur peut requérir la communication des données sans avoir à solliciter l'autorisation d'un magistrat. En contrepartie, les investigations se déroulent sous le contrôle constant du procureur de la République qui doit être avisé immédiatement de l'enquête et peut seul la prolonger au-delà de huit jours.

Au cours de l'enquête préliminaire, la réquisition ne peut être délivrée par l'enquêteur que sur l'autorisation du procureur qui peut bien sûr, s'il le préfère, prendre lui-même la réquisition.

Pour l'accès aux données de connexion en temps réel – et donc pour la géolocalisation – un régime unique mais progressif est applicable pendant l'enquête, qu'elle soit de flagrance ou préliminaire en vertu de l'article 230-33. Seul le procureur de la République peut décider ou autoriser une mesure de géolocalisation et seulement pour une durée qui ne peut excéder 8 ou 15 jours selon le cas. A l'issue, la mesure ne peut être prolongée que par décision du juge des libertés et de la détention pour une durée encadrée par la loi.

Le législateur a cependant prévu une soupape. S'il y a urgence, l'enquêteur peut agir d'initiative, à condition d'en informer immédiatement le procureur. La mesure de géolocalisation ne peut alors se poursuivre au-delà de 24 heures que si elle est prescrite par ce magistrat. La soupape est d'ailleurs également ouverte au cours de l'instruction.

Dernière indication. Les deux catégories de mesures - en temps différé et en temps réel - sont loin d'occuper la même place au cours de la phase préparatoire du procès pénal. En 2021, ont été dénombrées 1 726 144 réquisitions aux fins d'obtention de données de connexion en temps différé et seulement 2487 mesures de géolocalisation. L'écart est donc considérable même si des précisions sur le mode de calcul pourrait peut-être conduire à le relativiser.

J'en viens au droit de l'Union qui, si je puis dire, s'est dévoilé en deux temps.

Premier temps, qu'on pourrait intituler, selon sa perception, temps des espoirs ou temps du doute. Par son arrêt du 8 avril 2014, *Digital Rights*, la Cour de justice de l'Union européenne a posé en principe que l'accès aux données de connexion pour les besoins de la recherche des infractions et de leurs auteurs devait être « *subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante* ». Elle a réitéré cette solution dans son arrêt *Tele 2* du 21 décembre 2016 ainsi que, pour l'accès aux données en temps réel, dans son arrêt *La Quadrature du Net*, du 6 octobre 2020.

A la lumière de ces décisions, notre dispositif national, que je viens de décrire, pouvait ne pas apparaître sérieusement menacé. Le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention sont sans conteste des juridictions. Si le procureur de la République n'en est pas une, on pouvait avoir de bonnes raisons de le voir comme une autorité administrative indépendante au sens et pour l'application du droit de l'Union.

Bien sûr, dans le procès pénal, le magistrat du parquet est le représentant des intérêts de la société. Mais dans le même temps, le Conseil constitutionnel juge qu'en sa qualité de membre de l'autorité judiciaire, il lui appartient de veiller à la protection des droits fondamentaux. La solution est fondée sur l'article 66 de la Constitution. Pour le Conseil elle impose qu'au cours de l'enquête la police judiciaire soit placée sous la direction du procureur. C'est donc la nécessité d'assurer la garantie des droits de la personne qui, constitutionnellement, fonde les prérogatives du ministère public au cours de la phase d'enquête.

Par ailleurs, contrairement à l'idée commune, le magistrat du parquet jouit d'une indépendance consacrée par la Constitution ainsi que l'a jugé également le Conseil constitutionnel, même si cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège. Notons que, pour l'application des textes relatifs au mandat d'arrêt européen, c'est précisément cette indépendance qui a déterminé la Cour de justice à reconnaître au procureur français la qualité d'autorité judiciaire d'émission.

De nombreuses dispositions du code de procédure pénale illustrent ce positionnement singulier du ministère public, autorité de contrôle objective et impartiale, jouissant, dans la conduite des enquêtes, d'une indépendance à l'égard du pouvoir exécutif : l'article 30, qui prohibe toute instruction du garde des Sceaux dans des affaires individuelles ; l'article 31, qui impose aux magistrats du parquet "le respect du principe d'impartialité" ou encore l'article 39-3 qui leur confie une double mission : d'abord la mission "*de contrôler la légalité des moyens mis en œuvre par les enquêteurs*" et "*la proportionnalité des actes d'investigation*" ; ensuite, la mission de veiller à ce que les investigations soient accomplies "*à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée*".

Pour autant, nul ne prétend que l'intervention du magistrat du parquet constitue "*une garantie équivalente à celle d'un magistrat du siège*". Néanmoins, pour le Conseil constitutionnel, elle est adéquate chaque fois que l'atteinte aux droits de la personne portée par une mesure intrusive ou coercitive n'excède pas un certain seuil. Tel est le cas pour la mise en œuvre des mesures de géolocalisation ainsi qu'en a jugé le Conseil par ses décisions 2014-693 DC du 25 mars 2014 et 2021-930 QPC du 23 septembre 2021. Et tel est le cas également pour l'obtention de données de connexion en temps différé au cours de l'enquête préliminaire ainsi qu'il l'a jugé par sa décision 2021-952 QPC du 3 décembre 2021 même si, pour d'autres raisons, il a alors abrogé partiellement les dispositions des articles 77-1-1 et 77-1-2 du CPP tout en reportant les effets de cette abrogation. Les solutions adoptées par le Conseil rejoignent celles retenues par votre chambre et la Cour de Strasbourg sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En considérant cet ensemble législatif et constitutionnel, la reconnaissance, au ministère public, de la qualité d'autorité administrative indépendante paraissait envisageable sinon certaine. La Cour de justice a cependant démenti cette analyse.

J'en viens donc au second temps de sa jurisprudence que, selon sa sensibilité, on pourra intituler « désillusion » ou « clarification » salutaire.

Par son arrêt *Prokuratuur* du 2 mars 2021, la Cour de justice a répondu à la question de savoir si le ministère public estonien pouvait être regardé comme une autorité administrative indépendante habilitée à autoriser l'accès aux données de connexion.

Ce fut, pour la Cour, l'occasion de préciser que, pour pouvoir décider ou autoriser l'accès à des telles données, une autorité "*doit jouir d'un statut lui permettant d'agir lors de l'exercice de ses missions de manière objective et impartiale et doit être, à cet effet, à l'abri de toute influence extérieure*".

Selon la Cour, cela suppose que l'autorité "*ait la qualité de tiers par rapport à celle qui demande l'accès aux données*". Deux conditions doivent être remplies pour être considéré par elle comme un tiers : "*d'une part, ne pas être impliqué dans la conduite de l'enquête pénale en cause et, d'autre part, avoir une position de neutralité vis à vis des parties à la procédure pénale*".

La Cour en tire la conséquence que ne satisfait pas à l'exigence d'indépendance ainsi définie "*un ministère public qui dirige la procédure d'enquête et exerce, le cas échéant, l'action publique*", relevant au passage que "*le ministère public a pour mission non pas de trancher en toute indépendance un litige, mais de le soumettre, le cas échéant, à la juridiction compétente, en tant que partie au procès exerçant l'action pénale*".

Sans surprise, la Cour conclut que le droit de l'Union « *s'oppose à une réglementation nationale donnant compétence au ministère public - dont la mission est de diriger la procédure d'instruction pénale et d'exercer, le cas échéant, l'action publique lors d'une procédure ultérieure - pour autoriser l'accès d'une autorité publique aux données relatives au trafic et aux données de localisation aux fins d'une instruction pénale* ».

Dans son arrêt *Commissioner of An Garda Síochána* du 5 avril 2022 qui n'a pas été rendu à propos du ministère public mais d'un fonctionnaire de police, la Cour a repris la même grille d'analyse. L'arrêt apporte une précision illustrant sa conception étroite du tiers à la procédure d'enquête. Pour être un tiers, il ne suffit pas que l'agent ne concoure pas lui-même à l'enquête. Il faut qu'il ne soit pas lié à ceux qui y concourent.

Il est difficile de trouver des arguments qui permettraient de faire douter de l'application de la solution au ministère public français qui "*ressemble furieusement* » à son homologue estonien, pour reprendre les mots d'Alexandre Lallet, rapporteur public du Conseil d'Etat dans l'affaire *French Data Network*. La mission du ministère public français est très exactement, "*de diriger la procédure d'instruction pénale*" [autrement dit l'enquête] *et d'exercer, le cas échéant, l'action publique lors d'une procédure*

*ultérieure*” - deux attributions exclusives, pour la Cour, de la qualité de tiers indépendant.

La circonstance que, comme on l’a vu, le procureur de la République soit investi d’un rôle de contrôleur impartial de la procédure n’est pas de nature à modifier l’analyse. Dans son arrêt *Prokuratuur*, achevant de verrouiller la porte, la Cour de justice énonce que “*la circonstance que le ministère public soit, conformément aux règles régissant ses compétences et son statut, tenu de vérifier les éléments à charge et à décharge, de garantir la légalité de la procédure d’instruction et d’agir uniquement en vertu de la loi et de sa conviction ne saurait suffire à lui conférer le statut de tiers par rapport aux intérêts en cause*”.

On le voit, la solution découlant de la jurisprudence européenne ne coïncide pas avec celle retenue par le Conseil constitutionnel. Cependant, cette discordance ne vous autorise pas à refuser d’appliquer le droit de l’Union ainsi que l’a rappelé très fermement la Cour de justice dans son arrêt *Cour d’appel de Craiova* du 22 février 2022. Si d’aventure vous estimiez que l’application de la règle européenne porte atteinte sur ce point à l’identité constitutionnelle de la France, il vous faudrait soumettre la difficulté à la Cour de justice par voie préjudicielle. Une telle sollicitation me paraît cependant assez peu envisageable. L’existence du ministère public n’est pas remise en cause. Dans ces conditions, il serait assez délicat – et c’est une litote - de prétendre que notre identité constitutionnelle serait menacée par un renforcement de la garantie des droits.

Il apparaît donc que les dispositions confiant au ministère public le pouvoir d’accéder, ou d’autoriser l’accès, aux données de connexion doivent être écartées comme étant contraires au droit de l’Union. A fortiori en est-il ainsi pour les dispositions ouvrant un tel accès aux enquêteurs sans autorisation préalable.

Dans un très beau discours consacré à l’émergence du dialogue des juges, le président de l’Ordre des avocats aux Conseils, François Molinié, compare les relations entre les cours suprêmes nationales et les cours européennes au vol en V des oiseaux migrateurs qui s’accordent spontanément les uns aux autres dans un élan à la fois individuel et collectif. Pour filer la métaphore, vous pourriez être tentés, par un battement d’aile, d’inciter l’ensemble à modifier sa trajectoire. Mais je doute que la Cour de justice vous suive de sorte que l’initiative provoquerait plutôt quelques turbulences, si ce n’est la dispersion de la formation. Autrement dit, le constat de non-conformité me paraît s’imposer. Il appelle trois précisions.

Première précision. Il résulte de l’arrêt *Prokuraturr* que le constat vaut pour l’accès aux données relatives au trafic et aux données de localisation, sans distinction possible selon la nature et la quantité de données sollicitées. Mais il ne vaut que pour l’accès à ces données. En raison du caractère limité de l’atteinte à la vie privée que constitue l’accès aux données d’identification, rien ne s’oppose à ce qu’un tel accès puisse être autorisé par un magistrat du ministère public.

Deuxième précision : la Cour de justice a par ailleurs limité l'accès aux données relatives au trafic et aux données de connexion aux procédures ouvertes pour des faits de criminalité grave. Comme cela vient de vous être proposé par Philippe Petitprez, vous pourrez définir cette notion rétrospectivement à la lumière des dispositions introduites à cet effet aux articles 60-1, 60-2, 77-1-1 et 77-1-2 par la loi du 2 mars 2022.

Troisième précision, la soupape prévue par la Cour en permettant qu'en cas d'urgence un enquêteur puisse agir sans autorisation préalable ne joue que de façon limitée. Il est vrai qu'elle accroît les pouvoirs des OPJ en enquête préliminaire puisqu'en l'état actuel des textes, ils ne disposent pas, dans ce cadre, du pouvoir d'agir d'initiative. Mais elle les réduit au cours de l'enquête de flagrance si l'on admet que la flagrance n'est pas nécessairement synonyme d'urgence. Dans tous les cas, il faut insister sur le fait que l'urgence ne dispense pas du contrôle juridictionnel qui doit alors intervenir à bref délai. Quatrième précision, la jurisprudence de la Cour de justice ne nous paraît pas remettre en cause la compétence du juge d'instruction pour autoriser l'accès aux données de connexion. Certes, comme le ministère public, le juge d'instruction "dirige la procédure d'instruction" mais il n'exerce pas l'action publique. Sa qualité de tiers tient précisément à son statut de juge dont la mission est "de trancher en toute indépendance un litige ». C'est le sens des arrêts *Prokuratuur* et *Commissioner of An Garda Sochiana* qui ont été évoqués.

En conséquence, je conclus, sur le pourvoi de M. [B] (705 du rôle - 20-86.652) relatif à la régularité d'une mesure de géolocalisation en temps réel au cours d'une enquête de flagrance, à ce que vous constatiez la non-conformité au droit de l'Union de l'article 230-33, 1° du CPP confiant au procureur de la République le pouvoir de prescrire une telle mesure.

Sur les pourvois de MM. [L] [E] et [J] (701 et 702 du rôle - n° 21-83.710 et 21-83.729) relatif à la régularité de réquisitions aux fins d'accès aux données de connexion en temps différé délivrées pendant l'enquête de flagrance mais avec l'autorisation, actée en procédure, du ministère public, à ce que vous constatiez la non-conformité au droit de l'Union tant des articles 60-1, 60-2 que des articles 77-1-1 et 77-1-2 du CPP en tant qu'ils confient à l'enquêteur ou au ministère public, hors le cas d'urgence, le pouvoir d'accéder ou d'autoriser l'accès aux données relatives au trafic et aux données de localisation.

Vous n'aurez pas à statuer sur les moyens proposés au soutien des pourvois de MM. [K] et [M] (703 et 704 du rôle - 21-84.096 et 21-83.820) si, comme cela vous est proposé à titre principal, vous les écartez comme irrecevables soit en raison d'un défaut de qualité du demandeur, soit en raison de la nouveauté du moyen.

Si vous n'opposiez pas l'irrecevabilité, il y aurait lieu d'écarter le moyen en tant qu'il conteste la régularité de réquisitions délivrées sur délégation du juge d'instruction et sous le contrôle constant de ce magistrat.

Au-delà du constat de cette non-conformité, c'est la question de ses conséquences sur les procédures en cours et à venir qui se pose, question à laquelle sont attachés des

enjeux considérables pour la sécurité des procédures et la préservation de l'ordre public. Ce sera le dernier volet de notre intervention à plusieurs voix. La réponse détermine le sort des pourvois de MM.[B], [L] [E] et [J], puisque, sur leurs pourvois, nous vous invitons à constater que l'accès aux données s'est fait en méconnaissance du droit de l'Union.