

1999, soit à une date à laquelle il n'existait pas encore une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme affirmant le droit pour la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat lors de ses auditions et l'obligation de lui notifier le droit de garder le silence).

La portée de cette jurisprudence doit être bien comprise : elle n'a pas pour objet de limiter dans le temps les effets d'une déclaration d'inconventionnalité qui incombe à la juridiction mais de moduler dans le temps la sanction à y apporter. Les conséquences à tirer de l'irrégularité seront appréciées non pas, durant le cours de l'information judiciaire, dans le cadre du contentieux des nullités mais postérieurement soit lors du renvoi, soit devant la juridiction de jugement.

La chambre pourra dès lors se demander si cette jurisprudence heurte ou non la prohibition posée par la Cour de justice de l'Union européenne de limiter dans le temps les effets d'une déclaration d'illégalité et si elle est ou non transposable en cas de violation du droit de l'Union européenne.

La transposition de cette solution au cas d'espèce conduirait ainsi à moduler la nature de la sanction (mais non l'existence de la sanction elle-même) de la méconnaissance des exigences du droit de l'Union européenne en fonction de la date de la conservation des données et de leur communication.

Si celle-ci est antérieure à la date à laquelle il est possible de considérer que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne était clairement établie, le principe d'équivalence n'exigerait pas le prononcé de la nullité mais que les données ainsi collectées irrégulièrement ne fondent pas une décision de renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité.

Une telle approche conduirait la chambre à rechercher précisément à quelle date la Cour de justice de l'Union européenne a énoncé sans ambiguïté la prohibition de l'accès à de telles données par le procureur de la République.

Comme développé précédemment au moment de l'examen de la recevabilité du moyen, on relèvera que si dans sa décision *Tele 2 Sverige* du 21 décembre 2016 (aff. jointes C-203/15 et C- 698/15), la CJUE avait énoncé la nécessité d'un contrôle préalable par une juridiction ou une autorité administrative indépendante, ce n'est que par l'arrêt *K/Prokuratuur* précité du 2 mars 2021 qu'elle a précisé qu'un ministère public ne remplissait pas ces conditions d'indépendance.

Le grief qui doit être démontré.

La chambre criminelle exige que le grief soit allégué et justifié : elle a dit que la seule méconnaissance des règles prévues au premier alinéa de l'article 57 du code de procédure pénale, qui protègent la vie privée, ne suffit pas à entraîner l'annulation de la perquisition en cause, si le demandeur ne justifie ou n'allègue d'un grief ([Crim., 9 novembre 2021, pourvoi n° 21-83.095](#)).

Elle s'assure que la mesure d'enquête, irrégulière, n'est pas déloyale : par exemple, pour une perquisition qui a eu lieu au domicile d'un majeur protégé en l'absence d'information de son tuteur ou curateur :

« (...) il résulte de ces énonciations que l'absence d'information de la curatrice de M. M. n'a pas porté atteinte à son droit à un procès équitable pour les raisons suivantes.

32. D'une part, aucun interrogatoire n'a eu lieu lors de ces mesures, de sorte que les droits de la défense ont été respectés.

33. D'autre part, M. M. n'a pas contesté l'authenticité des biens saisis.

34. Enfin, les enquêteurs qui ignoraient la mesure de protection dont M. M. faisait l'objet, aucun élément recueilli au cours de l'enquête, avant les perquisitions, n'étant de nature à faire naître un doute sur l'existence de celle-ci, n'ont pas agi de façon déloyale » (Crim., 11 mai 2021, pourvoi n° 20-82.267).

Le contrôle de la mesure peut porter sur la proportionnalité, fondement pris de l'article 8 de la CEDH, des moyens mis au service de l'objectif de preuve :

Crim., 26 janvier 2022, pourvoi n° 17-87.359

“11. Le moyen, en sa seconde branche, critique l'ordonnance attaquée en ce qu'elle a rejeté les recours contre les opérations d'OVS des 27 et 28 mai 2014 dans les locaux de la société Whirlpool France, à l'exception de l'annulation de la saisie des documents n° 10, 6, 7 (et documents en annexe), 8 et 9 ainsi que des correspondances n° 1, 5, 6, 7, 8, 9 et 15 listées en page 23 des écritures de la société Whirlpool France, a rejeté toute autre demande, fin ou conclusion et notamment l'annulation de tous les autres documents listés, numérotés et annexés dans les conclusions de la société Whirlpool France, alors :

« 2° que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'applique dès lors que les Etats membres mettent en oeuvre le droit de l'Union ; qu'une visite domiciliaire diligentée en raison de soupçons de pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne constitue une mise en oeuvre du droit de l'Union ; qu'au cas d'espèce, en retenant au contraire que les articles 7 et 52 de la Charte n'étaient pas applicables, le juge du fond a violé les textes susvisés. »

Réponse de la Cour

12. Pour rejeter les demandes de la société Whirlpool France fondées sur le caractère disproportionné des saisies effectuées dans les locaux de Whirlpool France, l'ordonnance énonce que la requérante ne peut prétendre que les saisies informatiques pratiquées ont été massives et indifférenciées, alors que seuls vingt-et-un bureaux sur plusieurs dizaines ont fait l'objet d'une visite, qu'un nombre limité d'ordinateurs ou de téléphones portables a été examiné et que la saisie n'a porté que sur 0,83 % de l'ensemble des 1,7 million de fichiers analysés.

13. Le premier président relève qu'ainsi aucune violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est caractérisée, et que les articles 7 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'appliquent pas en l'espèce.

*14. En statuant ainsi, et **dès lors qu'il avait déjà opéré un contrôle de la proportionnalité des saisies sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme**, le premier président, qui n'avait pas à se livrer à une nouvelle appréciation de celle-ci sur le fondement de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en raison des dispositions de l'article 52 de la Charte, a, sans méconnaître les dispositions légales et conventionnelles visées au moyen, justifié sa décision.”*

A noter, par ailleurs, l'équivalence relevée par la chambre des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 7 d la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur cette question.

Mais c'est sur la notion de contrôle de proportionnalité qu'il convient de s'arrêter un instant.

En effet, la règle issue du droit de l'Union est destinée à s'assurer que le contrôle de proportionnalité de la mesure de géolocalisation soit fait de manière indépendante : c'est à cette fin que le procureur de la République doit être tiers à la procédure. Il pourrait donc être soutenu que le grief issu de l'absence d'autorisation par une autorité tierce à la procédure soit constituée par une mauvaise appréciation de cette proportionnalité, i.e. un abus dans l'atteinte à la vie privée au regard des enjeux de la preuve liés à la recherche, la prévention ou la lutte contre une criminalité grave.

La chambre sociale, dans deux arrêts cités précédemment, a opéré - ou a mis en lumière le contrôle fait par les juridictions du fond - un contrôle de proportionnalité, en faisant la balance entre le droit à la preuve et le droit au respect à la vie privée.

A cet égard, il pourrait être observé, comme cela a été précédemment évoqué, que la CJUE, tout en affirmant que l'atteinte à la vie privée n'était pas liée à la durée de la mesure de géolocalisation, a également dit que cette atteinte était constituée par l'information que ces éléments ainsi recueillis permettaient de donner sur la vie privée de la personne concernée. Or, en l'espèce, il résulte du dossier de procédure que la mesure a été réalisée sur une très courte durée et qu'elle n'a visé qu'à localiser trois téléphones sur un lieu de rendez-vous, en temps réel, sans qu'aucun élément sur des habitudes de vie ait été recherché.

La chambre pourra porter une appréciation sur ces éléments quant à la nature d'un éventuel grief.

Par ailleurs, comme cela été également évoqué précédemment, la CJUE, par application du principe d'autonomie procédurale, a précisé que les Etats membres sont libres de réserver le sort qu'ils souhaitent à un élément de preuve illégal, sous la réserve de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité.

Il sera rappelé qu'au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et conformément à la jurisprudence précitée de la CEDH, la chambre criminelle n'a pas nécessairement conclu qu'un moyen de preuve illégal devait être annulé ; elle a pu exercer un contrôle au regard du caractère équitable du procès :

- « *Justifie sa décision au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme la cour d'appel qui retient la culpabilité d'un prévenu par des motifs desquels il résulte que **les juges ne se sont fondés ni exclusivement ni même essentiellement sur ses déclarations recueillies au cours d'une mesure de garde à vue sans que le droit de se taire ne lui ait été notifié et sans qu'il ait été assisté par un avocat.*** » (Crim., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-85.827, Bull. crim. 2012, n° 73) ;

- « *Ne méconnaît pas les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme la décision de la cour d'appel dont les motifs, **abstraction faite de ceux fondés sur les déclarations effectuées par le prévenu au cours de sa garde à vue sans l'assistance possible d'un avocat, justifient la déclaration de culpabilité*** » (Crim., 15 juin 2016, pourvoi n° 14-87.715, Bull. crim. 2016, n° 184) ;

- « *Le droit de faire des déclarations, de répondre aux question posées ou de se taire doit être porté à la connaissance de la personne qui comparait devant le chambre de l'instruction saisie du contentieux d'une mesure de sûreté. Toutefois **le défaut de notification de ce droit est sans incidence sur la régularité de la décision rendue en matière de mesure de sûreté ; il a pour seule conséquence qu'une juridiction prononçant le renvoi***

devant une juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité ne pourra tenir compte, à l'encontre de la personne poursuivie, des déclarations sur les faits ainsi recueillies. » (Crim., 24 février 2021, pourvoi n° 20-86.537, publié).

La chambre devra déterminer la qualification qu'elle donne au moyen tiré de la non-conformité des dispositions contestées au droit de l'Union au regard de ces différents éléments, puis le sort qu'elle réserve au moyen de preuve discuté.

3-1-1-3. Le grief tiré de l'inconventionnalité (troisième branche du moyen)

Le mémoire ampliatif soutient que la géolocalisation constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, lequel est protégé par l'article 8 de la Convention européenne (Cour EDH, 8 février 2018, Ben Faiza c/France, req. n°31446/12, §53 ; Cour EDH, 2 septembre 2010, Uzun c/Allemagne, req. n° 35623/05, §52 ; Crim. 22 novembre 2011, n°11-84.308, Bull. crim. n° 234).

Il estime qu'en l'espèce la géolocalisation des lignes téléphoniques n°XXXXXXXXXX 01 et n°XXXXXXXXXX 02 n'a pas été entourée de garanties suffisantes et efficaces contre les abus, ces mesures ayant été autorisées par le ministère public qui n'offre pas les garanties d'impartialité et d'indépendance nécessaires et les recours ouverts ne permettant pas de prévenir les abus.

Un guide spécifique de jurisprudence sur la protection des données est disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme (<https://echr.coe.int>). Il y est notamment indiqué que "**Le droit à la protection des données à caractère personnel ne fait pas partie, en tant que droit autonome, des droits et libertés garantis par la Convention. La Cour a néanmoins reconnu que la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance garanti par l'article 8² de la Convention** (Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande [GC], 2017, § 137 ; Z c. Finlande, 1997, § 95). Cette disposition permet, dans le système de la Convention, d'assurer, de façon principale, la protection des données à caractère personnel, même si des considérations liées à cette protection peuvent également intervenir sur le terrain d'autres dispositions de la Convention et de ses protocoles additionnels." (§3).

Il rappelle que "**Selon l'article 2 de la Convention 108, un « traitement de données » comprend : « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées sur des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, la conservation, la modification, l'extraction, la communication, la mise à disposition, l'effacement ou la**

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

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

destruction des données, ou l'application d'opérations logiques et/ou arithmétiques à ces données ». Avec l'essor des technologies, les opérations susceptibles de constituer un « traitement de données » prennent **des formes très différentes**. Selon la jurisprudence de la Cour, constituent des exemples typiques de tels traitements : la collecte par la police, auprès d'un fournisseur de services Internet, de renseignements associés à l'adresse IP dynamique d'un individu (*Benedik c. Slovaquie*, 2018, §§ 108-109), [...], **le fait de recueillir systématiquement et de conserver des données issues de la surveillance par GPS, indiquant l'endroit où se trouvait l'intéressé et les déplacements de celui-ci en public** (*Uzun c. Allemagne*, 2010, §§ 49-53) [...] (§9).

Il indique qu'il "**ressort de la jurisprudence de la Cour que les opérations effectuées sur des données à caractère personnel entrent dans le champ d'application de l'article 8 si des informations ont été recueillies sur une personne bien précise** (*Amann c. Suisse*, [GC], 2000, §§ 66-67 ; *Rotaru c. Roumanie* [GC], 2000, §§ 43-44), si les données en question ont [notamment] fait l'objet **d'un enregistrement systématique ou permanent** (*Uzun c. Allemagne*, 2010, § 51) [...] ou si elles ont été rendues publiques d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi les intéressés pouvaient raisonnablement s'attendre (*Peck c. Royaume-Uni*, 2003, §§ 58-59 ; *Perry c. Royaume-Uni*, 2003, § 38). "

Spécifiquement sur les données de trafic, le guide fournit les éléments suivants sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (en gras par le rapporteur) :

"44. Des données de trafic sont des informations recueillies auprès des opérateurs téléphoniques ne touchant pas au contenu des communications, et qui comprennent la date, l'horaire, la durée de chaque communication, ainsi que le ou les destinataires de la communication (*Malone c. Royaume-Uni*, 1984, §§ 83-84 ; *Copland c. Royaume-Uni*, 2007, § 43). **Le placement sous « comptage » (metering) du téléphone d'un individu dans le cadre d'une enquête pénale à travers l'emploi d'un mécanisme (un compteur combiné avec une imprimante) qui enregistre les numéros formés sur un appareil de téléphone donné, ainsi que l'heure et la durée de chaque appel, sans surveiller ni intercepter les communications, constitue une ingérence dans la vie privée de l'individu concerné** (*Malone c. Royaume-Uni*, 1984, §§ 83-84). **L'exploitation des éléments rassemblés de la sorte, notamment des numéros composés, peut poser problème au regard de l'article 8, ces éléments faisant partie intégrante des communications téléphoniques** (*Malone c. Royaume-Uni*, 1984, § 84 ; *Copland c. Royaume-Uni*, 2007, § 43). **Aux yeux de la Cour, les révéler à la police sans l'accord de l'abonné peut porter atteinte à un droit garanti par l'article 8** (*Malone c. Royaume-Uni*, 1984, § 84).

45. Le « comptage » des communications, qui en soi ne porte pas atteinte à l'article 8 s'il est effectué par exemple par une compagnie de téléphone à des fins de facturation, se distingue par nature de l'interception des communications (*Malone c. Royaume-Uni*, 1984, §§ 83-84 ; *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 2001, § 42). **Une réquisition judiciaire adressée à un opérateur de téléphonie de recueillir les appels reçus et émis par différentes lignes de téléphones portables d'un individu et de procéder à un « bornage » de ses lignes téléphoniques permettant de suivre a posteriori ses déplacements n'était pas nécessairement incompatible avec l'article 8 dans la mesure où elle était autorisée par une loi qui prévoyait suffisamment de garanties contre l'arbitraire** (*Ben Faiza c. France*, 2018, §§ 56, 59, 69). **La Cour est parvenue à un constat de non-violation de l'article 8 dans une affaire où de telles réquisitions étaient soumises à l'autorisation préalable d'un magistrat du parquet sous peine de nullité, étaient susceptibles d'un contrôle juridictionnel et les éléments obtenus pouvaient être exclus en cas d'illégalité** (*ibidem*, §§ 79, 73)."

A cet égard, la Cour de Strasbourg a relevé que les réquisitions faites en l'espèce étaient fondées sur l'article 77-1-1 du code de procédure pénale qui excluent la géolocalisation en temps réel. Or, elle a souligné "**qu'il est pertinent de distinguer les méthodes d'investigations permettant de géolocaliser une personne a posteriori de celles qui permettent de la géolocaliser en temps réel, ces dernières étant davantage**

susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée. En effet, la communication de la liste des cellules déclenchées par une ligne téléphonique permet certes de connaître, a posteriori, le positionnement géographique passé de l'utilisateur de cette ligne. Mais il s'agit de la transmission à l'autorité judiciaire de données existantes et conservées par un organisme public ou privé et non de la mise en place d'un dispositif de surveillance, consistant à repérer spécifiquement les déplacements qu'une personne est en train de réaliser, par le biais d'un suivi dynamique d'une ligne téléphonique ou au moyen de la pose d'une balise sur un véhicule" (§74).

Enfin, dans l'affaire Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni (CEDH 13 sept. 2018, Big Brother Watch et a. c. Royaume-Uni, nos 58170/13, 62322/14 et 24960/15, la Cour européenne, à propos de la décision des autorités britanniques de recourir à un régime d'interception massive de communications, s'est prononcée à nouveau sur l'obtention de données de communication auprès de fournisseurs de services de communication. Elle a jugé que les dispositions internes issues du "Regulation of Investigatory Powers Act" ne pouvaient être conformes à la loi au sens de l'article 8 de la Convention européenne:

"Il est donc clair que le droit interne, tel qu'interprété par les autorités internes à la lumière des derniers arrêts de la CJUE, commande que tout régime permettant aux autorités d'accéder aux données conservées par un fournisseur de services de communication limite cet accès au but de lutter contre les « infractions graves » et le soumette au contrôle préalable d'un tribunal ou d'une instance administrative indépendante. Dès lors que le régime découlant du chapitre II permet d'accéder aux données dans le but de lutter contre les infractions (et non spécifiquement contre les « infractions graves ») et n'est pas soumis au contrôle préalable d'un tribunal ou d'une instance administrative indépendante sauf lorsqu'il s'agit d'accéder aux données pour déterminer la source d'un journaliste, il ne peut être considéré comme prévu par la loi au sens de l'article 8 de la Convention" (§ 467).

Il est à noter que cet arrêt n'est pas définitif, un renvoi devant la Grande Chambre ayant été opéré en février 2019.

Par ailleurs, il pourra être fait mention, à titre de rappel, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui garantit le droit à la liberté et à la sûreté : arrêt Medvedev et autres c/ France du 29 mars 2010 : « le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public (...) » et arrêt Moulin c/ France du 23 novembre 2010 « les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties excluent notamment qu'il [le ministère public] puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale »).

Enfin, il sera rappelé que, sous le visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu deux arrêts, le droit applicable étant antérieur à la loi n°2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation qui a complété le titre IV (dispositions communes) du livre 1er du CPP (De la conduite de la politique pénale, de l'exercice de l'action publique et de

l'instruction) par un chapitre V intitulé « De la géolocalisation », et dont le communiqué de presse en Conseil des Ministres du 23 décembre 2013³ a indiqué ce qui suit :

« La garde des sceaux, ministre de la Justice, a présenté un projet de loi relatif à la géolocalisation. Ce texte vise à mettre le droit français en conformité avec les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Uzunc. Allemagne du 2 septembre 2010 ainsi que la Cour de cassation dans ses arrêts du 22 octobre 2013.

Par ces deux arrêts du 22 octobre 2013 (Crim., n°13-81.949 et n°13- 81.945⁴), la Cour de cassation avait jugé qu'une mesure de géolocalisation en temps réel d'un téléphone portable, sous l'empire de l'ancienne loi antérieure à la réforme de 2014, « constitue une ingérence dans la vie privée dont la garantie nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge ». En application de cet attendu de principe, elle a validé les opérations de géolocalisation en temps réel lorsqu'elles sont réalisées sous le contrôle d'un juge d'instruction. En revanche, elle a censuré les opérations de géolocalisation réalisées dans le cadre d'une enquête préliminaire diligentée par le procureur de la République, fondant sa motivation sur l'article 8 de la Convention.

Crim., 22 octobre 2013, pourvoi n° 13-81.949, Bull. crim. 2013, n° 197 (rapport M. Straehli, AG, M. Desportes), la chambre a dit que *“Il se déduit de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que la technique dite de "géolocalisation" constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge.*

Dès lors, encourt la censure l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour dire régulières des réquisitions judiciaires tendant à la mise en oeuvre, au cours d'une enquête préliminaire et sous l'autorité du procureur de la République, d'un contrôle des déplacements d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction à partir du suivi dynamique des téléphones portables utilisés par elle, retient qu'il s'agit de simples mesures techniques ne portant pas atteinte à la vie privée et n'impliquant pas de recours à un élément de contrainte ou de coercition.”

Mais, depuis l'adoption de cette loi, elle a jugé que les dispositions des articles 230-32 et 230-33 du code de procédure pénale, dans leur rédaction issue de la loi de 2014 précitée, n'étaient, selon elle, « pas contraires à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que l'autorisation donnée par le ministère public, nécessaire au sens des textes conventionnels, est de très courte durée et que sa prolongation est autorisée par un juge qui en contrôle l'exécution » (Crim. 10 avril 2018, n°17-85.301 ; Crim. 11 décembre 2018, n°18-82.365 ; Crim. 7 mai 2019, n° 18-85.596).

3.2- Sur le second moyen: la motivation des ordonnances

³ Rappelé par la CEDH dans son arrêt Ben Faiza, §39.

⁴ “Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour dire régulière au regard de ce texte la mise en oeuvre, au cours d'une information, du contrôle des déplacements d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction à partir du suivi dynamique des téléphones portables utilisés par elle, retient, notamment, que cette opération a été exécutée sous le contrôle d'un juge constituant une garantie suffisante contre l'arbitraire, et que cette ingérence dans la vie privée de la personne concernée était proportionnée au but poursuivi, les faits en cause étant relatifs à une association de malfaiteurs en vue de préparer des actes de terrorisme portant gravement atteinte à l'ordre public” (sommaire).

L'article 230-33 cpp, dans sa version modifiée issue de la n°2019-222 du 23 mars 2019, prévoit que la décision du procureur de la République [...] est écrite et "*motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires.*"

Le dernier alinéa de cet article a été modifié pour ajouter une exigence de motivation s'imposant également au procureur de la République à l'obligation antérieure d'avoir une décision écrite.

En l'espèce, il résulte des pièces de la procédure, dont la Cour de cassation a le contrôle, que l'autorisation de "géolocaliser" la ligne téléphonique n°XXXXXXXXXX 01⁵ est rédigée de la façon suivante :

« Vu l'enquête de flagrance conduite sur les faits de ENLEVEMENT, SEQUESTRATION EN BANDE ORGANISEE commis par Marseille dans la nuit du 21 au 22 décembre 2019 Faits prévus et réprimés par les articles 224-1 alinéa 1, 224-55-2 alinéa 1, 224-5-2 1°, 224-9, 224-10, 224-11 et 131-26-2 du code pénal 132-71, Procédure 2019/2411 confiée au service suivant : le SRPJ de Marseille Attendu que les nécessités de l'enquête exigent qu'il soit procédé à des réquisitions aux fins de géolocalisation en temps réel De l'objet suivant : la ligne téléphonique XXXXXXXXXXXX 01 utilisée par un des ravisseurs ».

Pour rejeter le moyen de nullité tiré de l'irrégularité de cette mesure, la chambre de l'instruction énonce que la « *motivation, aussi succincte soit-elle, est pleinement suffisante dans la mesure où elle expose explicitement les éléments de fait rendant ces opérations aussi nécessaires qu'éminemment urgentes, à savoir l'utilisation de cette ligne téléphonique par l'un des auteurs des faits d'enlèvement et de séquestration en cours au moment où l'autorisation critiquée a été sollicitée et accordée, faits susceptibles d'exposer leur auteur à des peines criminelles et aussi d'aboutir à des conséquences extrêmes pour la victime, conséquences dont il existait alors des raisons plausibles de penser que seule une réaction rapide et efficace des autorités publiques pouvait permettre de les limiter* » (arrêt attaqué, p. 9, in fine et p. 10, § 1).

Le mémoire ampliatif soutient que cette modification législative, exigeant une autorisation judiciaire écrite et motivée, a pour objectif de respecter les exigences constitutionnelles et conventionnelles applicables aux mesures d'investigation constitutives d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, que la motivation doit être réelle et ne doit pas constituer une garantie superficielle. Il rappelle également que la motivation ne peut résulter d'une substitution de motifs de la part de la chambre de l'instruction.

Enonçant la nécessité d'un contrôle effectif de proportionnalité du recours à la mesure, le mémoire revendique la transposition des solutions dégagées par la chambre criminelle sur la motivation des perquisitions sans assentiment des personnes intéressées, au visa de l'article 76 alinéa 4 du code de procédure pénale.

⁵ La seconde branche fait état du même grief pour l'autre ligne téléphonique utilisée par les ravisseurs

La chambre devra apprécier le mérite du moyen qui articule le même grief pour chacune des deux lignes téléphoniques mobiles qui a fait l'objet d'une mesure de géolocalisation au prisme de sa jurisprudence déjà établie selon laquelle, pour l'application des dispositions relatives à la procédure d'urgence de l'article 230-35 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction, qui, saisie d'une requête en annulation de ladite décision prise par le juge d'instruction, au motif du défaut de motivation de cette dernière conformément aux exigences légales, ne peut substituer sa propre motivation à celle, erronée, de ce magistrat :

Crim., 25 juillet 2018, pourvoi n° 18-80.651, Bull. crim. 2018, n° 134, au visa des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 171, 230-32 à 230-44 :

“Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la commission rogatoire délivrée le 13 décembre 2016 aux fins de poursuite de la géolocalisation dudit véhicule, ne mentionne pas en quoi il existait un risque imminent de déperissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens rendant nécessaire le recours à la procédure d'urgence prévue à l'article 230-35 du code de procédure pénale, de sorte que cette délégation ne saurait s'analyser en une autorisation régulière de poursuite des opérations précédemment engagées par l'officier de police judiciaire, la chambre de l'instruction, qui ne peut substituer ses propres motifs à ceux, erronés, de ladite commission rogatoire, a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés ;”