



**AVIS ORAL DE M. AUBERT,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 774 du 12 juillet 2022 – Chambre criminelle

Pourvoi n° 21-83.805

Décision attaquée : chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 6e section, du 27 mai 2021

M. [R] [Y]

Sur le pourvoi formé par M. [R] [Y] contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 6^e section, en date du 27 mai 2021, qui, dans l'information suivie contre lui des chefs de dégradation et violences, a prononcé sur sa demande d'annulation de pièces de la procédure

Le mémoire ampliatif propose **deux moyens** de cassation.

Par le **premier moyen, en quatre branches**, il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit n'y avoir lieu à annulation de l'autorisation de géolocalisation en temps réel et des actes subséquents, alors que :

1°) l'article 230-33 du code de procédure pénale, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, est inconstitutionnel en ce qu'il donne compétence au procureur de la République, dont la mission est de diriger l'enquête et d'exercer, le cas échéant, l'action publique lors d'une procédure ultérieure, pour autoriser, sans un contrôle préalable par une autorité indépendante, une mesure de géolocalisation en

temps réel – qui constitue une ingérence grave dans la vie privée du suspect – dans le cadre d'une enquête, en particulier dans le cadre d'une enquête préliminaire ; qu'en l'espèce, sur le fondement de ce texte, la géolocalisation en temps réel de la ligne téléphonique de M. [Y] a été autorisée, dans le cadre d'une enquête préliminaire, par décision du procureur de la République du 5 décembre 2019 ; et qu'en rejetant la requête tendant à l'annulation de l'autorisation de cette mesure, la chambre de l'instruction a violé l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002, telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°) une mesure portant atteinte à la vie privée d'une personne, telle qu'une mesure de géolocalisation en temps réel de sa ligne téléphonique, ne peut être prise que si elle est proportionnée à la gravité des faits qui lui sont reprochés ; qu'en l'espèce, la géolocalisation en temps réel de la ligne téléphonique de M. [Y] qui a été ordonnée est une mesure disproportionnée à la gravité des faits qui lui sont reprochés consistant en une gifle et en une atteinte matérielle aux biens d'autrui ; qu'en rejetant néanmoins la requête tendant à l'annulation de l'autorisation de cette mesure de géolocalisation, la chambre de l'instruction a violé les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 230-32 et 230-33 du code de procédure pénale ;

3°) pour qu'il puisse être recouru à une mesure de géolocalisation en temps réel dans le cadre d'une enquête, l'article 230-32 du code de procédure pénale exige que l'enquête porte sur un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement ; et qu'en l'espèce, à la date à laquelle la géolocalisation en temps réel de la ligne téléphonique de M. [Y] a été autorisée, aucune des qualifications pouvant être retenues à son encontre ne lui faisait encourir une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement ; qu'en rejetant néanmoins la requête, la chambre de l'instruction a violé le texte susvisé et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

4°) en omettant de vérifier si les décisions du procureur de la République et du juge des libertés et de la détention, qui ont autorisé puis prolongé cette mesure, étaient motivées par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que l'opération de géolocalisation était nécessaire, cependant que l'existence de cette motivation au sein même de ces décisions était contestée par l'exposant dans sa requête en annulation, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale au regard de l'article 230-33 du code de procédure pénale et violé les articles 591 et 593 du même code.

Le **second moyen** fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit n'y avoir lieu à annulation de l'autorisation de procéder à des mesures de perquisition sans assentiment, alors que :

pour qu'il puisse être recouru à une telle mesure dans le cadre d'une enquête préliminaire, l'article 76 alinéa 4 du code de procédure pénale exige que l'enquête porte sur un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement ; qu'en l'espèce, à la date à laquelle la perquisition sans assentiment du domicile de M. [Y] a été autorisée,

aucune des qualifications pouvant être retenues à son encontre ne lui faisait encourir une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement ; et qu'en rejetant néanmoins la requête, la chambre de l'instruction a violé le texte susvisé et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**Monsieur le président,
Messieurs les doyens,
Mesdames et Messieurs les conseillers,**

Avec mes collègues, nous concentrerons nos observations sur les questions tenant à la conformité au droit de l'Union européenne, en renvoyant pour le surplus à nos conclusions écrites respectives.

Monsieur l'avocat général Philippe Petitprez étudiera dans quelques minutes la conformité du dispositif de **conservation** des données de connexion, puis Monsieur le premier avocat général Frédéric Desportes analysera la problématique de l'**accès** à ces données, enfin Monsieur l'avocat général Jean-Paul Valat examinera les conséquences possibles d'une non-conformité de certaines dispositions encadrant cet accès aux données.

Avant eux, j'ai l'honneur de présenter des observations sur la recevabilité du moyen nouveau tiré de la violation du droit de l'Union européenne, au regard de la première branche du premier moyen de cassation dans le dossier de Monsieur [Y], numéroté 706 au rôle, qui soutient que l'autorisation de géolocalisation en temps réel est contraire au droit de l'Union en ce qu'elle est donnée par le procureur de la République.

1. La nouveauté du grief.

S'agissant tout d'abord de **la nouveauté de ce grief**, on sait que depuis l'arrêt *Digital Rights* du 8 avril 2014¹, confirmé sur ce point par les arrêts *Télé2* en 2016 et *Quadrature du Net* en 2020, la Cour de justice de l'Union européenne exige un contrôle par une juridiction ou une entité administrative indépendante, sans autre précision, préalablement à tout accès aux données de connexion en vue de la recherche des infractions et de leurs auteurs.

Jusque là, tout allait bien si j'ose dire.

¹ CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland / Seitlinger*, n°C293/12 / C594/12

C'est ensuite l'arrêt *Prokuratuur*² du 2 mars 2021 qui va permettre de placer le procureur français sur la sellette.

Cet arrêt constitue en effet quasiment un nouvel état du droit, sur lequel se fonde le moyen de cassation considéré.

Or, dans notre dossier 706, le requérant s'est abstenu de soulever un tel moyen de nullité devant la chambre de l'instruction, alors qu'il en avait la possibilité, par mémoire jusqu'à la veille de l'audience tenue le 15 avril 2021, soit plus d'un mois après l'arrêt *Prokuratuur*.

J'indique ici, sous le contrôle de Monsieur l'avocat général Valat, qu'il en est autrement dans le dossier n°705 du pourvoi de Monsieur [B], l'arrêt *Prokuratuur* étant là postérieur à l'arrêt attaqué qui date du 16 novembre 2020 : dans cette espèce, il serait donc bien sévère de reprocher au demandeur de n'avoir pas invoqué en son temps une jurisprudence qui n'existait pas encore.

2. L'absence d'incidence de la primauté du droit de l'Union.

Sur les conséquences ensuite de la nouveauté d'un moyen de cassation, on observe que le principe de la **primauté du droit de l'Union européenne** ne saurait impliquer une approche spécifique ou un traitement différencié.

Le droit de l'Union est en effet marqué par le principe de l'autonomie procédurale assortie des principes d'équivalence et d'effectivité : il renvoie aux règles de procédure de droit national qui permettent une mise en oeuvre effective au sein de chaque État membre.

Il ressort ainsi de la jurisprudence constante de la CJUE citée dans mes écritures que, dès lors que le demandeur au pourvoi a eu effectivement le loisir, comme dans notre dossier 706, de soulever devant la chambre de l'instruction un grief pris de la violation du droit de l'Union, la recevabilité de ce moyen, nouveau à hauteur de cassation, doit relever d'un examen classique en la matière.

² CJUE, 2 mars 2021, H.K. c. Prokuratuur, n° C-746/18

3. Le principe de l'irrecevabilité du moyen nouveau.

A cet égard, vous jugez avec constance qu'est **irrecevable** le moyen qui invoque une exception de nullité de la procédure qui n'a pas été soumise à la cour d'appel ou à la chambre de l'instruction³, quand bien même cette dernière avait le pouvoir de la soulever d'office.

Le présent moyen tiré de la violation du droit de l'Union apparaît donc irrecevable, à moins que vous entendiez le relever d'office⁴.

4. L'exception des moyens d'ordre public.

Sur ce point, la doctrine s'accorde sur le fait que la chambre criminelle relève d'office les moyens nouveaux uniquement lorsqu'il s'agit de **moyens d'ordre public** et qu'ils sont **de pur droit**⁵, outre qu'ils n'excèdent pas la saisine par le pourvoi et ne heurtent pas l'autorité de la chose jugée.

Ces trois dernières conditions sont sans aucun doute remplies en l'espèce, notamment en ce que le moyen apparaît bien de pur droit, s'agissant de la question de la primauté d'une norme juridique sur une autre, indépendamment de tout élément factuel.

Quant au moyen d'ordre public, les meilleurs auteurs le définissent comme « *celui qui est pris de la violation d'une règle établie non pour la protection d'un intérêt privé, mais dans un intérêt général et pour le bien de la justice*⁶. »

³ Crim., 19 juin 1974, n° 72-91.873 ; 29 avril 1996, n° 95-82.478 ; 24 avril 1997, n° 95-82.400, Bull. 145 ; 6 sept. 2000, n° 00-82.198 ; 29 nov. 2000, n° 00-81.439 ; 9 oct. 2002, n° 02-81.441 ; 27 sept. 2011, n° 11-81.458 ; 6 mars 2013, n° 12-87.922

⁴ Crim., 27 novembre 1996, n° 96-83.920

⁵ Crim., 25 juin 2013, n° 11-88.037

⁶ Jacques Boré, Louis Boré, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Pourvoi en cassation, avril 2013, actualisé en février 2022

D'emblée, il ne semble pas que le moyen proposé au cas d'espèce puisse relever d'une des catégories de moyens d'ordre public inventoriées par la doctrine, mais pour s'en convaincre, il faut analyser la nature précise du grief considéré, en recherchant les **valeurs ou les intérêts auxquels il serait porté atteinte**.

5. La nature du grief en l'espèce.

Le demandeur au pourvoi, fort de l'arrêt *Prokuratuur*, fonde le moyen considéré sur plusieurs textes :

La directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concerne d'après son intitulé « le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. »

L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux reprend les termes de l'article 8 de la Convention européenne et protège le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications de la personne.

L'article 8 de la même Charte consacre lui le droit à la protection des données à caractère personnel, tandis que son article 11 reprend les termes de l'article 10 de la Convention européenne garantissant le droit à la liberté d'expression.

Quant à l'arrêt *Prokuratuur*, il évoque la nécessité :

- de garanties suffisantes permettant de protéger efficacement les données à caractère personnel contre les risques d'abus ;
- et la nécessité d'un équilibre entre d'une part les intérêts liés aux besoins de l'enquête pénale et, d'autre part, les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel.

A la lumière des droits ainsi protégés par les textes invoqués au moyen, on comprend qu'il est soutenu que l'autorisation de géolocalisation doit être annulée en ce qu'elle est donnée par une autorité qui n'offre pas de garanties suffisantes, selon le droit de l'Union qui prime sur la loi française, contre une atteinte abusive à la vie privée et aux données de la personne géolocalisée.

Nonobstant l'analyse stimulante proposée dans les conclusions sur le dossier 705, il me semble que le moyen de cassation n'est pas pris d'une incompetence du procureur de la République, au sens d'une autorité qui effectuerait un acte qui ne relève pas de son domaine de compétence.

En effet, la compétence du procureur est en l'occurrence parfaitement établie par la loi, dans le respect d'ailleurs de la Constitution, et cette compétence n'est pas même contestée, à proprement parler, par le mémoire ampliatif.

Ce n'est donc pas l'action d'un magistrat hors de sa compétence qui est dénoncée, mais **bien une atteinte à la vie privée et aux données personnelles sans garanties suffisantes.**

6. L'irrecevabilité consécutive.

Ainsi, le moyen ne vise pas la protection de l'intérêt général ou la bonne administration de la justice, et il faut par conséquent écarter tout rapprochement avec la jurisprudence relative aux dispositions de procédure pénale édictées en vue de « *garantir la fiabilité de la recherche et de l'administration de la preuve*⁷ ».

On retient en revanche votre jurisprudence selon laquelle une partie n'est recevable à invoquer l'irrégularité d'une mesure de géolocalisation qu'à la condition d'établir une atteinte à un intérêt qui lui serait propre⁸.

D'ailleurs, vous appliquez un tel raisonnement dans tous les cas où est invoquée la violation du droit à la vie privée : une personne mise en examen n'est pas recevable à demander l'annulation d'une interception de correspondances, d'une perquisition, d'une sonorisation, d'une géolocalisation ou d'une captation d'images effectuée sur une ligne ou dans un lieu appartenant à un tiers et sur lequel elle n'est titulaire d'aucun droit, dès lors que ses propres paroles n'ont pas été captées, qu'elle-même

⁷ Crim., 18 juin 2019, n° 19-80.105 ; v. aussi 1^{er} sept. 2005, n° 05-84.061 ; 14 octobre 2003, n° 03-84.539

⁸ Crim., 23 novembre 2016, pourvoi n° 16-81.904

ou un objet lui appartenant n'a pas été photographié, filmé, géolocalisé ou saisi⁹ ¹⁰.

Or, s'il est exigé dans ces tous ces domaines que la partie qui sollicite l'annulation démontre sa qualité pour invoquer la violation de la règle, c'est bien la preuve qu'il ne s'agit pas de nullités d'ordre public, et que le moyen afférent n'est pas un moyen d'ordre public.

En définitive, le moyen pris de la violation du droit de l'Union, nouveau dans le dossier n°706 de M. [Y], est **irrecevable à hauteur de cassation** et, ne constituant pas un moyen d'ordre public, il ne saurait être relevé d'office par votre chambre.

Au terme des mes conclusions écrites sur le surplus des moyens, j'ai proposé le rejet du pourvoi formé par M. [Y].

⁹ Crim., 31 mai 2007, n° 07-80.928 ; 27 avr. 2011, n° 11-80.076 ; Crim., 27 sept. 2011, n° 11-81.458 ; Crim., 23 jan. 2013, n° 12-85.059 ; Crim., 6 mars 2013, n° 12-87.810 ; 26 juin 2013, n° 13-81.491 ; Crim., 18 déc. 2013, n° 13-85.375 ; Crim., 14 janv. 2014, n° 13-84.909 ; Crim., 15 avr. 2015, n° 14-87.616 ; Crim., 6 oct. 2015, n° 15-82.247 ; Crim., 14 oct. 2015, n° 15-81.765 ; Crim., 7 juin 2016, n° 15-87.755 ; Crim., 12 juill. 2016, n° 16-81.198 ; Cim., 5 oct. 2016, n° 16-81.842 ; Crim., 21 févr. 2017, n° 16-85.542 ; 9 nov. 2021, n° 21-81.359 ; 5 oct. 2021, n° 21-83.219 ; 5 oct. 2021, n° 21-82.399 ; 13 oct. 2020, n° 19-87.959

¹⁰ Crim., 9 mai 2018, n° 17-86.558 (sommaire) ; v. aussi 27 mars 2018, n° 17-85.603