



## **AVIS ORAL DE M. VALAT, 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**

Si vous considérez, comme vient de vous le proposer monsieur le 1<sup>er</sup> avocat général Frédéric Desportes, qu'en raison de la primauté du droit de l'Union le procureur de la République ne peut autoriser un officier de police judiciaire :

- ni à mettre en place une mesure de géolocalisation en temps réel
- ni à requérir des opérateurs de télécommunications des données de trafic et de localisation

et qu'un officier de police judiciaire ne peut requérir la même chose d'un opérateur de son propre chef en cas de crime ou de délit flagrant  
vous devrez tirer les conséquences de ce constat.

La CJUE s'oppose à ce que vous repoussiez la prise en compte de sa position puisqu'elle juge que :

Seule la Cour peut, ..., accorder une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle du droit de l'Union à l'égard du droit national contraire à celle-ci, cette limitation ne pouvant être accordée que dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée.

Le principe de sécurité juridique me paraît cependant imposer que vous ne contraigniez pas des chambres de l'instruction de renvoi à annuler :

- les géolocalisations qui ont été autorisées par le procureur de la République
- les réquisitions obtenues sur réquisitions de l'officier de police judiciaire

puis, en en tirant les conséquences, à annuler des actes qui trouvent leur support nécessaire dans ces opérations, ce qui pourrait conduire au prononcé de l'annulation des interpellations, puis des placements en garde à vue et enfin de tout ou partie des procédures qui en découlent.

Le principe de sécurité juridique l'impose car la règle **dégagée par l'arrêt Prokuratuur est nouvelle. Comme il vient d'être dit, avant cet arrêt, nous en étions au temps des interrogations.**

La règle énoncée par l'arrêt Prokuratuur n'était pas en germe dans les arrêts que la CJUE avait rendus sur la question de la conservation des données de connexion.

Dans l'affaire Télé2 Sverige<sup>1</sup>, la compétence de l'autorité habilitée à autoriser l'accès aux données n'était pas abordée.

Il en allait de même dans l'affaire Ministerio fiscal<sup>2</sup>.

Seul l'arrêt Quadrature du Net, rendu 13 jours avant l'audience tenue par la chambre de l'instruction dans l'affaire de M. [B], évoquait au § 189

la nécessité d'un contrôle préalable de l'autorisation de recueil en temps réel des données de trafic et de localisation effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante.

Mais il n'était pas dit dans cet arrêt, comme il sera affirmé dans l'arrêt Prokuratuur, que le ministère public ne pouvait pas autoriser l'accès d'une autorité publique aux données relatives au trafic et aux données de localisation puisque sa mission est de diriger la procédure d'instruction pénale et d'exercer, le cas échéant, l'action publique lors d'une procédure ultérieure.

Cela a déjà été souligné mais il ne me paraît pas inutile d'insister : la perception que pouvait avoir la CJUE du statut du ministère public français était d'autant plus incertaine que, dans des arrêts relatifs à l'émission de mandats d'arrêt européens<sup>3</sup>, elle avait estimé que le statut du parquet français lui conférait une garantie d'indépendance suffisante pour émettre de tels mandats en considération de règles statutaires et organisationnelles propres à garantir que les autorités concernées ne soient pas exposées, dans ce cadre, à un quelconque risque d'être soumises à des ordres ou à des instructions individuels de la part du pouvoir exécutif. Elle admettait que l'indépendance des membres du parquet français n'était pas remise en cause par le fait qu'ils étaient chargés de l'action publique, ni par le fait que le ministre de la Justice pouvait leur adresser des instructions générales de politique pénale ni par le fait qu'ils étaient placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, eux-mêmes membres du parquet, et donc tenus de se conformer aux instructions de ces derniers.

La Cour edh avait, pour sa part, jugé, dans son arrêt Uzun<sup>4</sup>, que la géolocalisation étant moins attentatoire à la vie privée d'une personne que, par exemple, des écoutes

---

<sup>1</sup> 21 décembre 2016 C-203/15 et C-698/15

<sup>2</sup> 2 octobre 2018, C-207/16,

<sup>3</sup> C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, 12 décembre 2019

<sup>4</sup> 2 septembre 2010 UZUN c. ALLEMAGNE (Requête n o 35623/05)

téléphoniques, l'autorisation préalable d'un juge n'était pas indispensable. En l'espèce elle avait été ordonnée par le procureur général.

Le Conseil constitutionnel jugeait de façon constante que :

« L'indépendance reconnue à l'autorité judiciaire concerne « à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet » (décision n° 93-326 DC du 11 août 1993 )<sup>5</sup>.

D'ailleurs, dans l'affaire concernant M. [B], en réponse à la question prioritaire de constitutionnalité que vous lui avez transmise, le Conseil constitutionnel a maintenu sa position et validé la possibilité que le procureur de la République autorise une géolocalisation pour un temps bref en jugeant qu'il est « ... un magistrat de l'ordre judiciaire auquel l'article 39-3 du code de procédure pénale confie la mission notamment de contrôler la légalité des moyens mis en œuvre par les enquêteurs et la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits ».

En ce qui concerne le recueil des données de connexion, le Conseil, dans sa décision du 3 déc. 2021 (n°2021-952), n'avait pas remis en cause, dans son principe, la constitutionnalité des dispositions conférant au procureur de la République le pouvoir de requérir la communication de telles données ou d'en autoriser la réquisition par un officier de police judiciaire.

Il semble également important de rappeler qu'à la suite des deux arrêts de cassation du 22 octobre 2013 de votre chambre jugeant qu'il se déduisait de l'article 8 de la Convention edh que la géolocalisation en temps réel - de téléphones mobiles en l'espèce - constituait une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessitait qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge, en fait avec son accord préalable, le législateur, comme cela ressort de la lecture des travaux préparatoires rappelés dans mes conclusions écrites, avait estimé, à l'occasion de l'élaboration de la loi du 28 mars 2014 créant les articles 230-32 à 230-44 du code de procédure pénale, que l'opération pouvait être autorisée pour un temps limité par le procureur de la République. Le texte qui allait être promulgué le 28 mars 2014 avait été soumis au Conseil constitutionnel qui avait considéré que le législateur avait entouré la mise en œuvre de la géolocalisation de mesures de nature à garantir que, placées sous l'autorisation et le contrôle de l'autorité judiciaire, les restrictions apportées aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité et ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard de la gravité et de la complexité des infractions commises ; que, par ces dispositions, le législateur n'avait pas opéré entre les droits et libertés en cause une conciliation déséquilibrée<sup>7</sup>.

La nécessité de sauvegarder la sécurité juridique des mesures de recueil des données de connexion et de géolocalisation en temps réel paraît prégnante, eu égard au fait que les éléments qui viennent d'être évoqués conduisaient naturellement les juges du fond à tenir ces dispositions pour légales, mais aussi pour constitutionnelles et conventionnelles.

---

<sup>5</sup> Extrait de « L'indépendance de l'autorité judiciaire » sur le site Internet du Conseil constitutionnel

<sup>7</sup> Cons. constit. Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014

Deux possibilités vous sont offertes pour sauvegarder la sécurité juridique, sans pour autant différer, ce qui vous est interdit, l'application du droit de l'Union.

Vous pouvez envisager de moduler la sanction imposée par sa violation.

Vous pourriez, et c'est la **1<sup>ère</sup> solution**, ne pas considérer que l'absence d'autorisation d'une juridiction ou d'une autorité indépendante fait nécessairement grief et emporte de façon automatique la nullité de la mesure et vous pourriez retenir, s'agissant des réquisitions de données de connexion, que, dans le cas où la mesure, décidée par un enquêteur a été poursuivie quelques jours plus tard par un juge, cette circonstance suffit à établir rétrospectivement que la mesure aurait été, dès l'origine, autorisée par celui-ci. La solution revient à considérer que, dans un tel cas de figure, aucun grief n'est résulté de l'irrégularité, l'intervention du juge valant régularisation. Cette solution pourrait être retenue dans l'objectif de ménager la sécurité juridique durant une période transitoire. Elle ne heurte pas le principe d'équivalence dès lors qu'elle n'est qu'une application particulière des dispositions de la règle "pas de nullité sans grief" énoncée aux articles 171 et 802 du code de procédure pénale.

S'agissant de la géolocalisation qui a concerné M. [B], vous pourriez retenir que n'ayant duré que quelques heures, elle n'a pas apporté une atteinte disproportionnée à sa vie privée, d'autant que s'il a été trouvé porteur d'un des téléphones géolocalisés, il a prétendu qu'il lui avait été confié en garde peu avant son interpellation par son cousin [X] (D388) et qu'à supposer qu'il ait été en possession du téléphone plus tôt qu'il ne l'affirme, ce ne sont que ses déplacements liés au rapt qui ont été géolocalisés. D'autre part, l'atteinte à la vie privée a fait l'objet d'un contrôle par le juge des libertés et de la détention qui a autorisé l'interception des deux lignes utilisées par les suspects (D36, D547) dont le procureur de la République avait autorisé la géolocalisation (en d'autres termes, le juge des libertés et de la détention ayant considéré que l'interception des correspondances avec les deux téléphones était justifiée, il est hautement vraisemblable qu'il en aurait autorisé la géolocalisation, moins attentatoire à la vie privée).

Vous pouvez aussi, et c'est la **2<sup>e</sup> solution**, examiner la question au regard de la possibilité, que vous avez déjà utilisée et qui fait partie du corpus juridique français, de vous borner à moduler la nature de la sanction de la non-conformité au droit de l'Union (et non de limiter dans le temps les effets de l'inconventionalité ce qui serait contraire au droit de l'Union, répétons-le) en décidant que les opérations de géolocalisation et d'accès aux données de connexion contraires au droit de l'Union ne devront pas fonder un renvoi devant la juridiction de jugement et une déclaration de culpabilité.

Dans le cadre du mouvement général de préservation de la sécurité juridique que l'intervention des juridictions internationales aux côtés des juridictions suprêmes nationales rend nécessaire (on a parlé à cette audience de « cacophonie »), vous avez, en matière de garde à vue, après la tentative, par plusieurs arrêts du 19 octobre 2010<sup>8</sup>, de reporter les effets de l'absence de notification du droit de se taire et de notification du droit à l'assistance d'un avocat sur laquelle l'Assemblée plénière<sup>9</sup> a été en

---

<sup>8</sup> Crim. 19 oct. 2010, n° 10-82.306, 10-85.051, 10-82.902, B. n° 164

<sup>9</sup> Ass. Plén., 15 avril 2011, n 10-17.049, n° 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316, B. Ass. plén. n° 1, 2, 3 et 4

désaccord avec vous, décidé de façon constante que les déclarations ainsi recueillies ne pourraient fonder une déclaration de culpabilité.

Vous avez explicité cette possibilité dans une espèce jugée le 11 décembre 2018<sup>10</sup>. Dans cette espèce, des personnes placées en garde à vue en 1999 se plaignaient, en 2015, de ce qu'au cours de leur garde à vue le droit de se taire ne leur avait pas été notifié et de ne pas avoir pu être assistées par un avocat pendant leurs auditions. Vous avez jugé qu'en l'absence, à la date des mesures critiquées, de jurisprudence établie ayant déduit de l'article 6, § 1 de la Convention edh 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, l'exigence de prévisibilité de la loi et l'objectif de bonne administration de la justice faisaient obstacle à ce que les auditions réalisées à cette date soient annulées pour ces motifs mais imposé que les déclarations incriminantes faites lors de ces auditions ne puissent fonder une décision de renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité.

Un arrêt s'inspirant de ce précédent satisfait aux principes du droit de l'Union qui reconnaît l'autonomie procédurale des Etats. C'est à eux qu'il appartient de déterminer les règles relatives à l'admissibilité et à l'appréciation des éléments de preuve, pourvu que ces règles respectent les principes d'équivalence et d'effectivité. Selon le 1<sup>er</sup> de ces principes la solution du droit interne ne doit pas être moins favorable que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne. Selon le second, l'application des règles de droit interne ne doit pas rendre impossible l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union.

S'agissant de l'effectivité, la Cour de justice impose que les personnes mises en cause soient en mesure de commenter efficacement les éléments de preuve susceptibles d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits. Il ne fait pas grand doute que les fautes et la géolocalisation sont susceptibles d'influencer cette appréciation mais il est non moins contestable que les personnes poursuivies ont la possibilité, au cours des procédures engagées contre elles, de faire toutes observations sur le caractère probant ou non, quant à l'appréciation des faits, que peut constituer l'accès aux données de connexion et de localisation. S'il leur est difficile, comme au juge, d'apprécier la validité technique, faute de connaissances suffisantes, des données qui lui sont opposées, elles ont la possibilité de demander la réalisation d'examens techniques ou d'expertises permettant de vérifier que les données recueillies ont bien la portée qui peut leur être prêtée par l'accusation.

La CJUE indique d'ailleurs dans l'arrêt Prokuratuur qu'il convient :

« **d'écarter** des informations et des éléments de preuve qui ont été obtenus ..... au moyen d'un accès de l'autorité compétente à ces données en violation du droit [de l'Union] »

et non qu'il conviendrait de les annuler. Il suffit donc de les écarter des débats et de ne pas les prendre en compte pour apprécier les charges ou les preuves.

S'agissant de l'équivalence, la solution de la recherche d'un grief dans le cadre d'un contentieux d'annulation est, sans conteste, une solution très usitée dans notre droit.

Celle consistant à examiner la question au regard de la seule force probante, si elle n'est pas la plus courante de notre droit positif, n'y est pas étrangère. Comme indiqué,

---

<sup>10</sup> Crim., 11 décembre 2018, pourvoi n° 18-82.854, Bull. crim. 2018, n° 209

vous l'avez appliqué en matière de garde à vue, en raison de la nouveauté de la solution et en raison de la nécessité de sauvegarder la sécurité juridique mais vous avez également précisé dans certains de vos arrêts que les renseignements obtenus d'un témoin anonyme ou d'officiers de liaison en poste à l'étranger ne pouvaient pas fonder une condamnation. Il ne peut donc être prétendu que notre droit ne connaîtrait pas le système consistant à ne pas tenir compte d'éléments sans pour autant en prononcer l'annulation. On peut d'ailleurs considérer que notre législateur national a consacré la règle dans l'article préliminaire du CPP en prévoyant qu' « Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que le droit de se taire ait été notifié ».

Dès lors que jusqu'à votre décision à intervenir, ou, à tout le moins avant l'arrêt Prokuratuur, il ne résultait pas d'une jurisprudence bien établie que le procureur de la République, dirigeant l'enquête et susceptible d'exercer l'action publique, ne présentait pas les garanties d'indépendance nécessaires pour autoriser le recours à une géolocalisation en temps réel, et qu'il ne résultait pas davantage des arrêts de la CJUE que l'officier de police judiciaire ne pouvait plus exercer en flagrance les prérogatives que le droit français lui octroyait en matière des réquisitions de données de trafic et de connexion, vous pourriez procéder comme dans l'affaire jugée le 11 décembre 2018.

Vous pourriez donc décider qu'il convient de ne pas prendre en compte, pour renvoyer ou condamner, l'autorisation de la géolocalisation par le procureur de la République et les réquisitions de données de connexion, faites en méconnaissance du droit européen, sans qu'il y ait pour autant lieu de les annuler.

Au bénéfice de ces observations et renvoyant à mes conclusions écrites sur le 2<sup>e</sup> moyen de M. [B] je conclus au rejet des pourvois dans le dossier de M. [B] et dans ceux de MM [L] [E] et [J]