

**En finira-t-on jamais avec les «écoutes
téléphoniques» ?
Ou de l'exigence d'un «contrôle efficace»**

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Pruteanu c. Roumanie*,
3 février 2015)*

PAR

Bertrand FAVREAU

*Ancien bâtonnier du barreau de Bordeaux
Président de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens*

Résumé

Dans l'affaire *Pruteanu c. Roumanie*, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé l'importance de la protection du secret professionnel des échanges entre l'avocat et son client. Au-delà de l'arrêt concerné qui condamne la Roumanie en l'espèce, l'article est l'occasion d'un rappel de l'analyse jurisprudentielle de la Cour, replacée dans sa continuité depuis les arrêts *Klass*, *Malone*, *Kruslin* et *Huvig*.

Abstract

In the *Pruteanu v. Romania* case, the European Court of Human Rights confirmed the protection of attorney/client exchanges. Beyond the judgment concerned, the article is an opportunity to recall the case law analysis of the Court, replaced in its continuity since the decisions *Klass*, *Malone*, *Kruslin* and *Huvig*.

Depuis longtemps déjà, «les belles écouteuses» des vers de Verlaine n'échangent plus «des propos fades sous les ramures chanteuses». Les «écouteuses» modernes, chercheuses de propos et de fadettes, enfouies sous

* Cet arrêt peut être consulté, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu («Documents proposés»).

d'épaisses couches de béton armé, sont plus perfectionnées et plus intrusives. En France, l'hebdomadaire *Le Point* n'indiquait-il pas, en avril 2005, sans être démenti par le ministre de la Justice de l'époque, que 33 000 lignes téléphoniques étaient officiellement sur écoutes dont 27 000 sur écoutes judiciaires? Depuis, les statistiques connues du ministère de la Justice ont révélé une augmentation de 75% des écoutes judiciaires entre 2006 et 2012.

On ne met pas sur écoute une personne. On enregistre des conversations, qui sont, selon le dictionnaire Littré des «échanges de propos sur tout ce que fournit la circonstance»¹, entre les divers interlocuteurs. Autoriser l'écoute d'une ligne téléphonique, c'est autoriser l'écoute et l'enregistrement des propos venant d'un nombre indéfini, voire illimité, de personnes qui n'ont fait l'objet à titre personnel d'aucune décision justifiée par un but légitime et qui ne sauront pour la plupart jamais que leurs conversations ont été écoutées. Dès 1978, la Cour rappelait que «caractéristique de l'État policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques»². Cette vérité première avait été écrite à propos d'une violation alléguée ou théorique, et c'est à l'heure où semble sourdre un consensus désabusé sur la défense des droits individuels qu'il convient, plus que jamais, de la mettre en œuvre.

Jusqu'au début des années 1990, on aurait presque pu s'étonner, il est vrai, de ce que la Cour européenne des droits de l'homme n'ait été saisie qu'à quatre reprises (pour trois pays : l'Allemagne, le Royaume-Uni et la France) de faits ayant trait à des écoutes téléphoniques qui représentent, à n'en pas douter, une des plus graves violations modernes du droit au respect de la vie privée et au secret de la correspondance. Ce n'est que lors de sa trente-quatrième saisine que la Cour de Strasbourg a pu s'attacher à envisager les écoutes téléphoniques sous l'angle de la «prééminence du droit», et dix-sept ans après le premier arrêt de son histoire qu'a été rendue la première décision en matière d'écoutes³. Ainsi, s'est peu à peu élaborée la jurisprudence européenne qui a abouti aux arrêts *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, *Halford c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, *Kruslin et Huvig c. France et Huvig c. France* du 24 avril 1990, *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, puis *Amann c. Suisse* du 16 février 2000. Par la suite vinrent deux nouvelles condamnations françaises pour «écoutes

¹ E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 1, p. 1182.

² Cour eur. dr. h., arrêt *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 42.

³ Arrêt *Klass et autres c. Allemagne*, précité.

téléphoniques»⁴, les décisions espagnoles⁵ et, depuis 2007, les quatre arrêts de condamnation successifs de la Roumanie, qui pouvait sembler alors être devenue le pays le plus défaillant en matière de garanties⁶. La dernière décision en date, l'arrêt *Pruteanu c. Roumanie* du 3 février 2015, est venue compléter cette longue série.

Dans le cas d'espèce, le requérant était – dix-sept ans après un avocat suisse – un avocat au barreau de Bacău, en Roumanie, victime des interceptions téléphoniques ordonnées contre son client. Alexandru Pruteanu était l'avocat de l'un des associés d'une société commerciale faisant l'objet d'une enquête pénale pour différentes fraudes. La société avait été frappée d'interdiction bancaire et deux des associés s'étaient enfuis après avoir signé des pouvoirs en faveur du client du requérant pour la vente de deux immeubles. Le parquet avait entamé des poursuites pénales contre les deux associés en fuite du chef de tromperie et, en septembre 2004, les juges roumains avaient demandé l'interception et la transcription de douze conversations téléphoniques du client du requérant. La police avait ainsi intercepté, enregistré et transcrit les conversations téléphoniques qu'avait eues ce dernier notamment avec son avocat, M^e Pruteanu, dont la ligne n'était pas directement surveillée, ce qui avait permis d'intercepter les suspects en fuite qui, par la suite, avaient été condamnés à dix années de prison.

M^e Pruteanu soutenait que son droit au respect de sa vie privée avait été violé du simple fait de l'enregistrement de ses conversations téléphoniques avec son client, indépendamment de l'existence ou non d'une autorisation délivrée par la juridiction nationale ou de la mise sur écoute de son téléphone, et de l'impossibilité d'en contester la légalité, mais aussi de demander la destruction des transcriptions de conversations avec son client (ce dernier élément étant susceptible de constituer à lui seul une violation de l'article 8 de la Convention)⁷.

L'arrêt *Pruteanu* marque ainsi un nouveau jalon dans la construction prétorienne de la Cour, commencée en 1978.

⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Lambert c. France*, 24 août 1998 et arrêt *Matheron c. France*, 29 mars 2005.

⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Valenzuela Contreras c. Espagne*, 30 juillet 1998 et arrêt *Prado Bugallo c. Espagne*, 18 février 2003.

⁶ Cour eur. dr. h. arrêt *Dumitru Popescu c. Roumanie (n° 2)*, 26 avril 2007; arrêt *Calmanovici c. Roumanie*, 1^{er} juillet 2008; arrêt *Valentino Acatrinei c. Roumanie*, 25 juin 2013 et arrêt *Ulariu c. Roumanie*, 19 novembre 2013.

⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Chadimová c. République tchèque*, 18 avril 2006, § 145.

I. De la violation théorique à l'exigence de dispositions légales

Il appartient à un procureur de la République allemand, M. Klass, accompagné d'un magistrat et de trois avocats⁸, d'avoir, les premiers, saisi les organes de la Convention de la lancinante question des «écoutes». Contrairement aux requérants qui allaient les suivre, ils n'étaient soupçonnés d'aucun crime ou délit. Il n'est même pas certain qu'ils aient été un jour «écoutés». C'est donc d'une violation toute théorique qu'ils se plaignaient en soutenant que la seule existence de la loi allemande du 3 août 1968, dite loi G 10, qui permettait de procéder à des écoutes administratives secrètes, afin de protéger «l'ordre fondamental démocratique et libéral», constituait à leur endroit une violation de la Convention européenne. C'est cette première saisine qui devait permettre à la Cour, dès 1978, de fixer les contours de sa jurisprudence dont le cadre devait se préciser et s'affiner sans jamais se modifier, au point que la référence à l'arrêt *Klass et autres c. Allemagne* se retrouve dans ses plus récentes décisions.

Ainsi, saisie par des victimes putatives, la Cour – après la Commission (alors en fonction) –, approfondissant la notion de «victime» pour déclarer recevable une telle requête, avait jugé que chacun des requérants pouvait légitimement se prétendre victime, du fait de l'existence de la loi, d'une violation, bien qu'il soit dans l'impossibilité de prouver avoir été effectivement soumis à une surveillance (ne serait-ce d'ailleurs qu'en raison de son caractère secret). Elle a, en outre, consacré le principe selon lequel au-delà de l'application pratique, «la législation elle-même crée par sa simple existence, pour tous ceux auxquels on pourrait l'appliquer, une menace de surveillance entravant forcément la liberté de communication entre usagers des services des postes et télécommunications, constituant une «ingérence d'une autorité publique» dans l'exercice du droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale ainsi que de leur correspondance»⁹.

Ainsi, si elle n'a pas conclu à une violation de l'article 8 par la législation allemande de 1968, après en avoir examiné en détail le fonctionnement, la Cour a bien fixé dès l'arrêt *Klass* une méthode d'évaluation définitive qu'elle va appliquer aux systèmes des autres États membres au fur et à mesure des saisines où elle va s'efforcer de rechercher le difficile équilibre entre les nécessités de poursuites pénales dans une société démocratique et la protection de la vie privée et des communications. C'est ce qu'elle a appelé, dans l'arrêt *Klass*, la «conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels».

⁸ MM. Nussberger, Lubberger, Pohl et Selb.

⁹ Arrêt *Klass et autres c. Allemagne*, précité, § 41.

Il demeure que c'est l'arrêt *Klass*, statuant sur une violation « virtuelle » ou théorique, qui a consacré un principe définitif : les communications téléphoniques se trouvent comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » au sens de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention. Depuis, la formule du paragraphe 41 de l'arrêt *Klass* est sempiternellement reprise, jusqu'à l'arrêt *Pruteanu* du 3 février 2015¹⁰.

Peu importe, à cet égard, que les écoutes litigieuses aient été opérées sur la ligne d'une tierce personne¹¹.

II. De *Malone* à *Kruslin* et *Huvig* : de la violation constatée à la « qualité de la loi »

La Cour se réservait donc d'examiner la qualité de la législation régissant les interceptions, quelles que soient les modalités des écoutes dont le requérant avait été la victime. L'analyse avait été ébauchée dans l'arrêt *Klass*, puisqu'il s'agissait justement du contenu d'une loi formelle. Dans les affaires qui ont suivi, *Malone c. Royaume-Uni* en 1984 et les deux affaires françaises *Kruslin c. France* et *Huvig c. France* en 1990, au contraire, l'analyse devait nécessairement s'écarter de la violation théorique, des écoutes administratives et du cas de requérants vierges de tous soupçons.

De fait, *Malone* comme *Kruslin* et *Huvig* faisaient l'objet de poursuites judiciaires et, de surcroît, avaient été condamnés lorsque la Cour européenne a été amenée à statuer sur la licéité des écoutes téléphoniques utilisées dans le cadre des poursuites judiciaires dont ils avaient fait l'objet. Plus encore, les pays concernés (le Royaume-Uni et la France) n'avaient pas à cette époque, à proprement parler, de loi spécifique concernant le procédé des écoutes téléphoniques. C'est ce changement au gré des espèces qui a permis la mise en application des critères essentiellement « théoriques » définis dans l'arrêt *Klass*.

Il s'agissait d'examiner les cas d'ingérence selon les critères définis par l'article 8. Pour constituer une ingérence acceptable, les écoutes téléphoniques doivent :

- avoir une base légale en droit interne (« prévue par la loi ») ;

¹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, § 64 ; arrêts *Kruslin c. France* et *Huvig c. France*, 24 avril 1990, § 26 et § 25 ; arrêt *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, § 48 ; arrêt *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, § 53 ; arrêt *Lambert c. France*, précité, § 21 ; arrêt *Matheron c. France*, précité, § 27 ; arrêt *Drakšas c. Lituanie*, 31 juillet 2012, § 52.

¹¹ Arrêt *Lambert c. France*, précité, § 21 ; arrêt *Valentino Acatrinei c. Roumanie*, précité, § 53 ; arrêt *Ulariu c. Roumanie*, précité, § 46 ; arrêt *Pruteanu c. Roumanie*, 3 février 2015, § 41.

- poursuivre un ou des buts légitime(s) au regard du paragraphe 2 ;
- être «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre.

A. *Le principe de légalité: «prévue par la loi»*

La jurisprudence de la Cour a rappelé que l'expression «prévue par la loi» – qui s'applique à d'autres articles de la Convention – comporte deux éléments: la légalité proprement dite et la «qualité de la loi».

1. Le principe de légalité proprement dite

Pour être licite aux termes de l'article 8, § 2, l'ingérence doit être «prévue par la loi».

Jusqu'à l'arrêt *Lambert c. France* du 24 août 1998, la Cour semblait se défendre d'apprécier la loi au regard des contestations de droit interne que peuvent soulever les parties et se contentait de constater qu'il existe bien des procédures suffisantes concernant les interceptions dont s'agit¹², ou bien encore qu'il incombe, au premier chef, aux autorités nationales «et singulièrement aux cours et tribunaux d'interpréter et d'appliquer le droit interne» et que par voie de conséquence, elle n'a pas à «exprimer une opinion contraire à la leur sur la compatibilité des écoutes judiciaires avec l'article 368 du Code pénal»¹³ (français).

La Cour examine s'il existe une «base légale» en rappelant qu'elle donne à la notion de «loi» une acception «matérielle» et non «formelle». Elle déclare y inclure le «droit non écrit», ce qui comprend, dès lors, non seulement la *common law* du Royaume-Uni¹⁴, mais également l'ensemble de la jurisprudence des cours et tribunaux pour les pays de droit écrit. Les arrêts *Kruslin* et *Huvig c. France* ont en ce sens complété la définition très extensive de la loi au sens de la Convention: «texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles»¹⁵.

¹² Arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, précité.

¹³ Arrêt *Kruslin c. France*, précité, § 29, et arrêt *Huvig c. France*, précité, § 28; voy. aussi arrêt *Lambert c. France*, précité, § 37.

¹⁴ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Sunday-Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979.

¹⁵ Arrêt *Kopp c. Suisse*, précité, § 59.

Au-delà de cet élément, l'ingérence ne saurait être licite uniquement du fait de l'existence d'une «loi». Encore faut-il que cette loi réponde à certains critères, car la Cour se réserve d'examiner la «qualité de la loi».

2. La qualité de la loi

Dès l'arrêt *Klass*, la Cour avait précisé: «Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties suffisantes contre les abus»¹⁶. Dans l'arrêt *Malone*, elle a rappelé que son critère essentiel était «la prééminence du droit», mentionnée dans le préambule de la Convention et que la loi devait dès lors apporter des limites aux pouvoirs d'appréciation accordés à l'exécutif dans les mesures de surveillance secrète des communications qui échappent au contrôle des intérêts du public¹⁷.

Dans la jurisprudence de la Cour, l'expression «prévue par la loi» implique des conditions qui vont au-delà de l'existence d'une base légale en droit interne et exige que la norme soit «accessible» et «prévisible»¹⁸.

a. L'accessibilité

La règle est posée depuis l'arrêt *Sunday Times*: «Le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants dans les circonstances de la cause sur les normes juridiques applicables au cas donné»¹⁹. L'arrêt *Malone* ne traite qu'incidemment de l'accessibilité. Dans les arrêts suivants, de *Kruslin* et *Huvig* à *Lambert*, la Cour soulignera qu'elle «ne soulève aucun problème en l'occurrence». L'arrêt de Grande Chambre *Amann c. Suisse* a rappelé que la loi doit être accessible à la personne concernée, laquelle doit «de surcroît» – selon la formule de l'arrêt *Kopp* – «pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit». C'est la formule complète qui est reprise dans l'arrêt *Pruteanu c. Roumanie*²⁰.

¹⁶ Arrêt *Klass c. Allemagne*, précité.

¹⁷ Arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, précité, § 68.

¹⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Amann c. Suisse*, 16 février 2000, § 55.

¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Sunday Times*, 26 avril 1979, § 49; voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, §§ 87 et 88.

²⁰ Arrêt *Kopp c. Suisse*, précité, § 54; Gde Ch., arrêt *Amann c. Suisse*, précité, § 50; arrêt *Pruteanu c. Roumanie*, précité, § 43.

b. La prévisibilité

C'est en raison de l'absence de « prévisibilité » que la Cour a conclu à des violations, sans poursuivre son examen plus avant, dans les affaires *Malone*, *Kruslin*, *Huvig*, *Kopp*, *Amman*, etc.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, une norme est « prévisible » lorsqu'elle est rédigée avec assez de précision pour permettre à toute personne, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de régler sa conduite. Au regard de la spécificité de la finalité des écoutes téléphoniques, le critère de « prévisibilité » (dégagé notamment dans des décisions concernant la liberté d'expression) n'est pas sans difficulté. Dès l'arrêt *Klass*, la Cour avait souligné : il est bien certain que la finalité même exclut que l'intéressé puisse être prévenu de sa mise sous surveillance. La Cour a même précisé, en la circonstance, que le fait de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance ne saurait être incompatible avec l'article 8, car c'est précisément cette abstention qui assure l'efficacité de la mesure. Avec l'arrêt *Malone*, la Cour avait marqué que « les impératifs de la Convention notamment quant à la prévisibilité, ne peuvent être tout à fait les mêmes » dans ce contexte spécial et que « l'exigence de prévisibilité ne saurait signifier qu'il faille permettre à quelqu'un de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées par les autorités, afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence »²¹.

Ainsi, une « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit « définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante – compte tenu du but légitime poursuivi – pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire »²². Tout n'était-il pas dit depuis l'arrêt *Malone* du 2 août 1984 ?

La première exigence qualitative de la loi est donc, en la matière, la clarté. Ce qui signifie, comme la Cour l'a rappelé dans son arrêt *Halford*, que « la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes »²³. Dans l'arrêt *Kopp c. Suisse*, la Cour semble aller plus loin. Il faut une législation « d'une précision particulière » et

²¹ Arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, précité, § 67.

²² *Ibid.*, § 68.

²³ Arrêt *Halford c. Royaume*, précité, § 49; voy. aussi arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, précité, § 67.