

# LA COLLECTE TRANSFRONTALIERE DES PREUVES NUMERIQUES EN MATIERE PENALE. LE POINT DE VUE FRANÇAIS

Par Jean PRADEL\*

On commencera par rappeler une évidence : en dépit de certaines critiques, la preuve informatique est excellente. Certes elle peut être l'objet de fraudes et les enquêteurs peuvent se heurter à des messages chiffrés. Mais il est indéniable qu'en pratique, cette preuve est le plus souvent fiable et, du point de vue juridique, elle est conforme au droit français qui, on le sait, connaît le principe de la liberté de la preuve en vertu duquel toute preuve est recevable. On sait qu'il en va autrement dans certains autres droits voisins (Pays-Bas, Allemagne...).

On ne sera pas étonné que la preuve informatique ait la faveur du législateur français. Le Code de procédure pénale (ci-après CPP) régit les écoutes téléphoniques (art. 100 et s.), la géolocalisation (art. 230-32 et s.), les fichiers d'analyse sérielle (art. 230-12 et s.), la captation de données informatiques (art. 706-102-1 et s.). On voit ainsi que la preuve informatique remplace, au moins en partie le vieux procédé de la filature.

Des difficultés peuvent cependant survenir lorsque l'information comporte un élément d'extranéité, et cela de deux façons.

Il peut en premier s'agir d'un délit commis informatiquement et commis à l'étranger. La loi du 3 juin 2016 (art. 113-2-1 du Code pénal) a répondu à la difficulté en décidant que « tout crime ou délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire national est réputé commis sur le territoire de la République ». Cette disposition a donné lieu à une application (Crim., 12 juillet 2016, Dalloz 2016, 1848, note Dreyer) : un Sud-Africain avait rédigé en anglais un texte visant deux sœurs japonaises. Il avait mis son message sur Internet, accessible depuis la France. Les deux sœurs saisirent le juge français d'une constitution de partie civile du chef de diffamation. La Cour d'appel de Poitiers rejeta la demande et la chambre criminelle, le 12 juillet 2016, confirma la décision car il n'y avait aucun élément de rattachement au territoire français : les victimes prétendues ne résidaient pas en France.

Il peut également s'agir d'un délit ordinaire (non plus réalisé par voie informatique), mais dont la preuve se fait à l'étranger par un procédé informatique. C'est plus important et plus délicat et nous sommes cette fois au cœur du sujet qu'il nous est demandé de traiter. Cette question d'un délit prouvé informatiquement à l'étranger appelle deux séries d'observations : il y a un débat de principe et des solutions positives. L'analyse sera menée en droit français, sans oublier que malgré tout des rappels de droit européen seront nécessaires, ce droit étant largement transposé dans les droits nationaux, et donc en particulier dans le droit français.

## **I – Le débat de principe**

La preuve du délit par un moyen informatique mis en œuvre à l'étranger est-elle recevable ? La réponse est heureusement positive sous réserve de certains obstacles qu'il faut avant tout rappeler.

### **A – A l'encontre de la recevabilité**

Deux arguments peuvent être invoqués à l'encontre d'une telle recevabilité liés à l'idée que chacun est maître chez soi et donc qu'un Etat est maître chez lui.

C'est d'abord celui de la souveraineté qui est un concept constitutionnel. Selon l'article 3 DDHC de 1789, « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorités qui n'en émane expressément ». Le Conseil constitutionnel apprécie en conséquence les engagements internationaux de la France à l'aune de la constitutionnalité (v. par ex. Conseil 9 avril 1992, n°

---

\* Professeur émérite de l'Université de Poitiers. Ancien président de l'AFDP.

92-308 DC, Traité de l'Union européenne). De son côté, l'article 3 de la Constitution de 1958 rappelle que « la souveraineté nationale appartient au peuple » ce qui il est vrai ne répond pas exactement à notre problème, tout en ayant l'avantage de montrer que la souveraineté est encore une valeur actuelle.

On notera que l'idée de souveraineté est respectée par le TUE dont l'article 4 dispose que « l'Union respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet de ... maintenir l'ordre public... », ce qui évoque la matière pénale. Et les directives ne manquent jamais de réserver le respect du droit national.

Le second élément est celui de territorialité. Si la souveraineté est de nature constitutionnelle, la territorialité est un concept procédural en vertu duquel le juge (et la police) et d'un Etat est compétent pour traiter toutes infractions commises sur son sol et donc pour apprécier les preuves de celles-ci, recueillies sur son territoire.

Ces deux arguments sont renversables.

### B – En faveur de la recevabilité

Souveraineté et territorialité ne sont pas des principes absolus à raison de la nécessité d'assurer une bonne répression, surtout lorsque les faits sont graves. De là l'idée de souveraineté partagée au sein de l'Union européenne avec l'expression de « coopération loyale » (art. 4 § 3 TUE) et surtout avec le concept « d'espace de liberté, de sécurité et de justice » (art. 67 et s. TFUE). Précisons que le titre V de la première partie du TFUE traite de cet « espace ». On lira notamment l'article 82 TFUE sur la coopération judiciaire en matière pénale où sont prévues « des règles minimales sur l'admissibilité mutuelles des preuves entre les Etats membres » (art. 82 § 2 a TFUE). C'est sur cette base qu'a été adoptée la directive du 3 avril 2014 (décision d'enquête européenne). Cet espace est fondé sur l'idée de « confiance mutuelle entre Etats » (considérant 19 de la directive du 3 avril 2014).

Telles sont les bases des solutions positives.

## II – Les solutions positives

Rappelons le cas concret : le délit est commis au moins en partie en France, mais sa preuve informatique est faite à l'étranger. Cette preuve sera obtenue le plus souvent par des écoutes téléphoniques ou par voie de géolocalisation (pose d'une balise dans le véhicule utilisé par des personnes suspectes par exemple de trafic de drogue), voire par voie de visioconférence. Ces trois procédés sont indifférents aux frontières.

### A – Preuve par géolocalisation

Dans une affaire de trafic de drogue, des OPJ avaient, sur commission rogatoire d'un juge d'instruction, posé une balise dans le véhicule utilisé par des suspects. Le véhicule avait parcouru la France, mais aussi la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne. Cinq personnes furent mises en examen pour trafic de drogue. L'une d'elle déposa une requête en nullité car la preuve d'un déplacement en Belgique n'avait donné lieu à aucune demande d'entraide internationale ou d'acceptation de l'Etat étranger (la Belgique). La Cour d'appel avait rejeté cette requête que la chambre criminelle accepta (Crim., 9 février 2016, Dalloz 2016, 1069, note Pradel).

Cette décision mérite l'approbation. L'article 230-32 CPP décide « qu'il peut être recouru à tout procédé technique destiné à la localisation en temps réel sur l'ensemble du territoire national d'une personne ». D'où la chambre criminelle dit « qu'il se déduit de cet article » que les données tirées de l'échanges ne peuvent être utilisées qu'avec l'accord des autorités étrangères. L'argument est imparable. On peut ajouter en faveur de la solution trois arguments complémentaires :

- L'article 40 de la CAAS du 19 juin 1990 (dit Schengen II) décide que les OPJ observant un malfaiteur dans un pays peuvent poursuivre leur observation dans un autre si ce dernier a autorisé l'observation transfrontalière, mais avec l'accord des autorités de ce pays ;

- L'article 18 al. 5 CPP décide que sur accord du parquet ou sur commission rogatoire du juge d'instruction, des OPJ peuvent procéder à des auditions à l'étranger « avec l'accord des autorités compétentes de l'Etat concerné » ;

- L'article 93-1 CPP rappelle qu'un juge d'instruction peut se rendre à l'étranger pour procéder à des auditions « avec l'accord des autorités compétentes de l'Etat concerné ». Alors le juge peut se transporter avec son greffier sur le territoire étranger et procéder à des auditions.

La chambre criminelle pouvait-elle ne pas casser l'arrêt de la chambre de l'instruction en disant qu'il n'y avait pas investigations à l'étranger, mais seulement poursuite en France avec simple effet à l'étranger ? En somme, tout se situerait en France, la preuve recueillie à l'étranger n'étant qu'une conséquence de ce qui s'est fait en France. La chambre criminelle avait certes déjà dit que des renseignements donnés par un officier de liaison en poste à l'étranger, relatifs à un trafic de drogue, ne sont pas des actes de police judiciaire, d'où l'inutilité de demander l'accord des autorités étrangères (Crim., 13 septembre 2011, Bull. crim., n° 178). Mais le cas n'est pas le même car dans l'espèce jugée le 9 février 2016, il y avait intrusion probatoire dans le territoire d'un tiers Etat sans son accord. Au contraire de l'affaire de l'officier de liaison, il n'y avait aucune intrusion. Dès lors la décision du 9 février 2016 est tout à fait orthodoxe.

#### B – Preuve par écoutes téléphoniques

La preuve ici, est rapportée par des interceptions de conversations émises à partir de téléphones mobiles situés à l'étranger, ces interceptions étant faites par des opérateurs agissant en France. Cette situation peut survenir souvent en matière de trafic de drogue ou de terrorisme.

Le point de départ est constitué par un arrêt de la chambre criminelle du 13 juin 2018 (n° 17-86.651). Des OPJ agissant sur commission rogatoire d'un juge d'instruction ou sur demande d'un JLD avaient fait procéder par des techniciens français à l'interception de conversations émises à partir de l'étranger. Etait-ce valable ? La chambre criminelle répond que ce procédé « ne peut sans violer les règles de compétence territoriale et de souveraineté des Etats être admis que s'il ne nécessite pas l'assistance technique d'un autre Etat ». Et l'on sait que la compétence est d'ordre public.

Là-dessus survient l'ordonnance 2016-1636 du 1<sup>er</sup> décembre 2016, ajoutant au CPP un article 100-8 (cette ordonnance transposant en France la directive du 3 avril 2014 déjà citée). Le nouvel article 100-8 fait explicitement une distinction.

- Ou bien l'interception n'est pas réalisée dans le cadre d'une décision d'enquête européenne, le juge d'instruction ou l'OPJ par lui commis notifie cette interception à l'autorité compétente de l'Etat étranger où se trouve l'intéressé. Cette notification se fait avant l'écoute ou au cours de celle-ci. Dans les 96 heures, l'Etat sollicité peut refuser ou demander le retrait des écoutes déjà effectuées ;

- Ou bien l'interception téléphoniques s'effectue dans le cadre de la directive d'enquête européenne de 2014, en ses articles 30 et 31. L'article 30 vise le cas où est nécessaire l'assistance technique de l'Etat sur le territoire duquel l'écoute s'effectue. L'article 31 vise au contraire le cas où l'assistance de cet Etat n'est pas nécessaire. Quelques différences techniques de détail opposent ces deux hypothèses. On n'entrera pas dans les détails.

#### C – Preuve par visioconférence

Sur le plan national, l'article 706-71 CPP (loi du 3 juin 2016) et les articles R. 53-33 et s. CPP règlent la situation. On a beaucoup critiqué ce procédé qui fausserait la vérité. C'est oublier que la visioconférence économise frais et temps. Et l'autorisation du témoin n'est pas prévue.

Sur le plan européen, l'audition est pareillement prévue par voie de visioconférence. La directive 2014, déjà citée le prévoit expressément en son article 24 : cette technique concerne les témoins, les experts, les suspects, les accusés, tout en étant exclue en cas de refus de la personne ou de l'Etat d'exécution invoquant ses « principes fondamentaux ». Et ces dispositions européennes ont été transposées dans l'article 706-71 CPP dont le régime est ainsi calqué sur celui du texte européen.

En résumé, la preuve numérique transfrontière est largement possible sous réserve – en général – de l'accord du pays sur le territoire duquel est révélée cette preuve. On s'en réjouira.