

# Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2008 p. 2975

La condamnation de hauts fonctionnaires dans l'affaire des « écoutes de l'Elysée »

**Haritini Matsopoulou, Professeur de droit privé à l'université du Maine**

Par le présent arrêt  (1), la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté les pourvois formés par le directeur de « *la cellule élyséenne* », un ancien directeur du cabinet du président de la République, un ancien directeur du cabinet du Premier ministre, des hauts fonctionnaires, des hauts gradés de la gendarmerie et de la police nationale, ayant reçu la mission de procéder à la surveillance d'une vingtaine de lignes téléphoniques appartenant à des personnalités (journalistes, artistes, avocats) et d'intercepter ainsi les correspondants de celles-ci.

Les opérations ayant eu lieu de 1983 à 1986, des informations judiciaires, notamment des chefs d'atteinte à l'intimité de la vie privée, ont été ouvertes, au cours de l'année 1992, à la suite de certains articles de presse faisant apparaître le placement irrégulier sous écoutes téléphoniques d'un avocat et d'un journaliste. Les agissements litigieux ont donné lieu à la saisine du tribunal correctionnel de Paris qui a dit la prévention pour partie établie. Par ailleurs, il a déclaré irrecevables certaines des constitutions de partie civile et estimé que l'action civile, pour les faits retenus, relevait de la compétence de la juridiction administrative, en l'absence de fautes détachables du service.

La décision des juges du second degré confirmait pour l'essentiel le jugement du tribunal correctionnel, en le réformant toutefois quant à l'allocation des dommages et intérêts. C'est que, en effet, pour la cour d'appel, même si elles n'étaient pas dépourvues de tout lien avec le service, les fautes des hauts fonctionnaires, qui révélaient « *un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique* » et qui comportaient « *une intention de nuire* », ou présentaient « *une gravité inadmissible ou particulière compte tenu des règles déontologiques de la profession* », constituaient des fautes personnelles. Aussi bien, les prévenus ont, par ces agissements illégaux, « *jeté le discrédit sur l'ensemble de la fonction publique civile et militaire en affaiblissant l'autorité de l'Etat dans l'opinion publique, méconnaissant ainsi l'intérêt général, au seul profit d'intérêts particuliers n'excluant nullement leurs propres intérêts de carrière* ». On pourra même faire observer que, dans l'arrêt présentement commenté, les juges du second degré ont pris soin de fournir quelques précisions tendant à caractériser l'existence de l'« intérêt personnel ». Même si la motivation peut paraître vague et abstraite, on doit saluer l'effort des juges répressifs, consistant à souligner la poursuite par les prévenus d'un intérêt privé. Ainsi, ils ont considéré qu'il s'agissait, en l'espèce, de fautes personnelles détachables du service ; par conséquent, le juge pénal avait compétence pour statuer sur les demandes de réparations des parties civiles.

La Cour de cassation ayant approuvé cette décision, deux questions essentielles méritent d'être retenues : celle de la prescription du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée (I) et celle relative à l'existence même de cette infraction (II).

I - Sur la prescription du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée

Du fait des écoutes téléphoniques pratiquées hors d'un cadre légal, le délit reproché aux prévenus était celui d'atteinte à l'intimité de la vie privée.

Néanmoins, les agissements reprochés remontaient aux années 1983 à 1986, et les plaintes des victimes, qui étaient une condition nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique (art. 226-6 c. pén. ; art. 372 ancien c. pén.), n'ont été déposées qu'en 1995 et 1997. Dès lors, pouvait-on considérer que, au moment du dépôt de ces plaintes, les faits se trouvaient couverts par la prescription ?

La Cour de cassation a répondu négativement à une telle question. Plus précisément, elle n'a pas hésité à approuver la décision de la juridiction du second degré, ayant estimé que « *l'atteinte à l'intimité de la vie privée par des écoutes téléphoniques était une infraction par nature clandestine conduisant à faire courir le délai de prescription seulement à partir du moment où elle était révélée aux victimes dans tous ses éléments* ». Or, selon les indications de l'arrêt de la cour d'appel, seules les informations résultant de l'analyse des disquettes informatiques remises au juge d'instruction au début de l'année 1995 et la parution de certains articles dans la presse, à partir de cette année, fournissant des éléments précis, pouvaient faire courir le délai de prescription. Dans ces conditions, les plaintes ont été déposées dans le délai triennal.

Mais, est-ce raisonnable de faire partir le délai de la prescription du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée du jour de la diffusion par la presse de l'information « *révélatrice* » ? A première vue, cette position jurisprudentielle, particulièrement protectrice des intérêts des victimes, peut paraître justifiée, d'autant plus que les poursuites ne peuvent être engagées, en la matière, que sur la plainte préalable de ces dernières (2). Cependant, on est amené à reconnaître qu'une telle solution est dénuée de tout fondement juridique puisque l'article 8 du code de procédure pénale, en renvoyant aux dispositions de l'article 7 du même code, prévoit que la prescription commence à courir à compter du jour où le délit a été commis.

A vrai dire, le présent arrêt s'inscrit dans le sillage d'une jurisprudence antérieure bien établie, selon laquelle la clandestinité est un élément constitutif essentiel du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui, qui n'est caractérisé que lorsque la personne, dont les paroles ont été enregistrées sans son consentement, est informée de leur captation ou de leur transmission (3). Il en résulte donc que le caractère occulte ou clandestin d'une infraction peut, selon la jurisprudence, faire reculer le point de départ de la prescription de l'action publique.

On pourra faire observer que ce mouvement jurisprudentiel, qui a fortement marqué le droit pénal des affaires, gagne de plus en plus de terrain, en s'étendant progressivement à des infractions dont la nature exclut, par principe, l'application d'un tel critère (4).

A cet égard, il est utile de rappeler que le groupe de travail sur « *la dépénalisation de la vie des affaires* », afin de mettre un terme à ces dérives jurisprudentielles, a suggéré de retenir, comme point de départ intangible de la prescription, la date de la commission de l'infraction ; mais, en contrepartie, il a prévu la possibilité d'allonger les délais de prescription en fonction de la pénalité encourue. Cependant, l'application du dispositif proposé ne permettrait pas de poursuivre, en l'espèce, les auteurs des « *écoutes de l'Élysée* » puisque les pratiques illicites, qui devraient, selon les propositions du groupe de travail, se prescrire à l'expiration d'un délai de cinq ans, n'ont été découvertes que six ou sept ans après qu'elles ont cessé. Il est, dès lors, à craindre que si un tel dispositif est adopté, les juges répressifs recherchent fréquemment la « *clandestinité* » pour faire échec à la prescription (5), à moins qu'ils ne transforment de nombreuses infractions instantanées en infractions continues (6).

Cela étant, puisque les agissements litigieux n'étaient pas prescrits, il était permis de se demander s'ils pouvaient recevoir la qualification de délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée.

## II - Sur l'existence du délit

Les auteurs des écoutes téléphoniques illicites ont été poursuivis et condamnés pour le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée, prévu à la date des faits par l'article 368 de l'ancien code pénal, devenu l'article 226-1 du nouveau code. On rappellera que l'ancien texte sanctionnait le fait d'écouter, d'enregistrer ou de transmettre, au moyen d'un appareil quelconque, des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne sans le consentement de celle-ci. Cependant, le critère du lieu privé a été largement interprété par la jurisprudence. A vrai dire, celle-ci a progressivement fait prévaloir sur ce critère la nature des propos captés ou enregistrés qui devaient avoir un caractère intime (7). Les rédacteurs du nouveau code pénal ont consacré ce mouvement jurisprudentiel en optant pour une formule plus large qui vise désormais les « *paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* ».

Mais, le problème consistait à savoir, d'une part, si le délit se trouvait réellement caractérisé (A) et, d'autre part, si les prévenus pouvaient invoquer le fait justificatif relatif au commandement de l'autorité légitime (B).

#### A - La caractérisation du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée

La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient retenu l'infraction en se fondant sur le contenu des cinq disquettes qui, provenant de la « cellule élyséenne », ont été remises au juge d'instruction en 1995, c'est-à-dire neuf ans après la cessation des agissements illicites. Compte tenu des résultats des expertises et de l'examen des documents ou bandes magnétiques saisis dans un garage mis à la disposition du directeur de la « cellule élyséenne », la matérialité et le contenu des fichiers extraits desdites disquettes ne pouvaient utilement être contestés par les prévenus qui s'étaient abstenus d'interjeter appel contre le jugement du tribunal correctionnel les condamnant. Ainsi, il a été décidé que les écoutes téléphoniques, pratiquées hors d'un cadre légal et sans respecter les recommandations d'un rapport de l'autorité judiciaire, caractérisaient en tous ses éléments, y compris l'élément intentionnel, le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée.

Que faut-il penser de cette décision ?

Il est vrai que les différents éléments constitutifs du délit étaient, en l'espèce, réunis. On rappellera, tout d'abord, que la loi sanctionne la captation des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel sans le consentement de leur auteur. Or, les circonstances dans lesquelles les propos ont été frauduleusement interceptés révélaient leur caractère confidentiel. Aussi bien, le critère de confidentialité se trouvait d'autant plus satisfait que certaines conversations, ayant fait l'objet d'une transcription, portaient sur des questions d'ordre purement personnel (problèmes d'argent, de santé, de travail). Et l'on sait que la jurisprudence se montre particulièrement protectrice dès lors qu'il s'agit des questions concernant la vie familiale et sentimentale (8), voire les rapports personnels (9).

La confidentialité des paroles captées étant ainsi établie, les juges répressifs ont, par la suite, pris soin d'indiquer que le seul fait d'avoir recours à un branchement illégal et clandestin, c'est-à-dire réalisé à l'insu des intéressés, porte en soi une atteinte à l'intimité de la vie privée des personnes placées sous écoutes, ainsi que de leurs correspondants. On constate donc que, comme par le passé, la jurisprudence retient l'infraction, sans rechercher s'il y a eu une atteinte effective à l'intimité de la vie privée. C'est ainsi qu'il a été décidé que le délit est constitué quels que soient les résultats techniques des enregistrements, et même au cas où ceux-ci seraient inaudibles (10) ou introuvables (11). La seule preuve de la captation ou de l'enregistrement de paroles confidentielles, effectué à l'insu des intéressés, suffit à caractériser l'infraction, sans qu'il soit nécessaire d'analyser le contenu des conversations captées pour déterminer si celles-ci portaient sur l'intimité de la vie privée des personnes concernées. Le présent arrêt ne fait donc que confirmer ces solutions jurisprudentielles en considérant que l'infraction était commise, peu important que certaines conversations n'aient pas fait l'objet d'une transcription.

A vrai dire, la position des juges répressifs peut parfaitement se comprendre dans la mesure où la valeur protégée par le texte d'incrimination est l'atteinte à l'intimité de la vie privée, qui constitue en elle-même, selon l'expression de certains auteurs, le « résultat juridique » (12) envisagé par le législateur répressif.

Bien évidemment, la responsabilité pénale de l'agent ne peut être engagée que si celui-ci a agi « volontairement », la loi soulignant, par ce dernier adverbe, le caractère intentionnel du délit. Il faut bien reconnaître que les juges se fondent essentiellement sur les circonstances ayant entouré la commission de l'infraction pour en déduire l'intention de porter atteinte à l'intimité de la vie privée (13). Aussi bien, cette intention est établie dès lors que l'auteur a conscience de l'absence de consentement de la victime et du caractère confidentiel ou privé des paroles captées (14). Or, ces deux conditions se trouvaient, en l'espèce, réunies, les circonstances dans lesquelles les conversations ont été frauduleusement interceptées faisant apparaître l'existence de ces deux éléments d'où il résulte l'intention coupable des auteurs.

L'infraction étant pleinement constituée, la question qui se posait était celle de savoir si les auteurs des pratiques illicites pouvaient invoquer le fait justificatif du commandement de l'autorité légitime.

#### B - L'argument tiré du commandement de l'autorité légitime

On sait que, selon l'article 327 de l'ancien code pénal, il n'y avait ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime. Même si ce fait justificatif paraissait limité, la jurisprudence avait étendu son champ d'application à de nombreuses infractions <sup>(15)</sup>.

Néanmoins, l'ancien texte ne justifiait l'accomplissement de l'agissement délictueux que si les deux conditions y visées se trouvaient réunies : l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime.

Or, si l'on se situe à l'époque où les écoutes téléphoniques ont été pratiquées (entre 1983 et 1986), aucune loi n'autorisait que ce soit à effectuer des interceptions dites administratives. La preuve en est que même les écoutes judiciaires, validées par la Cour de cassation <sup>(16)</sup>, ont été sérieusement contestées par les juges européens <sup>(17)</sup>.

Il est vrai que l'article 122-4 du nouveau code pénal distingue désormais entre l'acte autorisé par la loi et celui accompli sur l'ordre de l'autorité légitime, chacune de ces conditions valant à elle seule justification. Par ailleurs, la nouvelle formule concerne toutes les infractions. Dès lors, s'agissant d'un texte plus favorable que l'article 327 de l'ancien code pénal, il pouvait être utilement invoqué par les intéressés, le principe de la rétroactivité *in mitius* pouvant recevoir application.

Mais, il est clair que, en l'espèce, le fait justificatif tiré de l'ordre de la loi ne pouvait pas jouer puisque le droit français était à l'époque lacunaire. Et si la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 a légalisé ces pratiques, ce texte ne pouvait pas s'appliquer rétroactivement et légitimer des interceptions effectuées antérieurement à son entrée en vigueur.

Par ailleurs, la jurisprudence ayant assimilé, dans certains cas, la coutume à la loi <sup>(18)</sup>, il est permis de se demander si les prévenus pouvaient se prévaloir d'une telle assimilation. Il faut bien reconnaître qu'une décision du Premier ministre, complétée par les recommandations d'un rapport de l'autorité judiciaire, ne pouvait être considérée comme une coutume. Au surplus, les agissements des prévenus paraissaient d'autant plus contestables que les directives des Premiers ministres, interdisant, sauf motifs particuliers sur lesquels l'attention devait être alertée, les interceptions des conversations concernant des avocats et journalistes, ont été méconnues.

Il reste donc à vérifier s'il pouvait y avoir place pour le commandement de l'autorité légitime.

A vrai dire, on ne saurait considérer le directeur de « *la cellule élyséenne* », qui avait largement dépassé son champ de compétence, comme une autorité publique « *légitime* » pouvant donner des ordres à des subordonnés ; il était le « *chef d'une mission sans existence réglementaire* ». Pas davantage, le président de la République, fût-il irresponsable pénalement, ne disposait du pouvoir d'ordonner des actes non autorisés par la loi.

Au demeurant, l'article 122-4, alinéa 2, du code pénal n'admet une justification que si l'ordre du supérieur hiérarchique n'est pas manifestement illégal. Or, en l'absence de loi permettant des écoutes téléphoniques discrétionnairement décidées par le président de la République, un officier supérieur de la gendarmerie et des hauts fonctionnaires ne pouvaient pas ne pas avoir conscience d'accomplir un acte illicite.

On rappellera que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'écarter ce fait justificatif dès lors que l'ordre était manifestement illégal. Tel était le cas d'un ordre portant sur la commission de crimes contre l'humanité <sup>(19)</sup> ou sur la destruction de biens, de manière clandestine, par

des moyens dangereux pour les personnes  (20).

Or, dans le cas présent, où les interceptions administratives, non autorisée par un texte législatif, présentaient un caractère illégal, d'autant plus qu'elles dépassaient les limites fixées par les directives des Premiers ministres, les ordres prescrivant de telles opérations, et dont étaient destinataires des hauts fonctionnaires, civils ou militaires, ne pouvaient que présenter un caractère manifestement illicite.

C'est donc à juste titre que la Cour de cassation a écarté, dans l'arrêt présentement commenté, le fait justificatif tiré du commandement de l'autorité légitime.

En définitive, si la présente décision suscite quelques réserves en ce qui concerne la prescription du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée, elle mérite notre approbation quant à la caractérisation de cette dernière infraction et à la compétence du juge répressif pour allouer des dommages et intérêts aux parties civiles.

**Mots clés :**

**VIE PRIVEE** \* Intimité \* Atteinte \* Ecoute téléphonique \* Ecoute illégale \* Ecoutes de l'Elysée

(1) D. 2008. AJ. 2505 ; AJDA 2008. 1801 .

(2) Crim. 14 janv. 1997, Bull. crim. n° 9 (l'action publique s'éteint en cas de retrait de la plainte).

(3) Crim. 4 mars 1997, Bull. crim. n° 83 ; D. 1997. IR. 88  ; RSC 1997. 669, obs. J.-P. Dintilhac  ; Dr. pénal 1997, Comm. n° 75, obs. M. Véron ; 8 juin 1999, Dr. pénal 1999, Comm. n° 146, obs. M. Véron.

(4) V., pour le délit de blessures involontaires, Crim. 3 juin 2008, D. 2008. AJ. 2003, obs. A. Darsonville  ; Dr. pénal 2008, Comm. n° 122, obs. M. Véron.

(5) V., pour le délit d'altération de preuve, Crim. 17 déc. 2002, Bull. crim. n° 233 ; D. 2003. Somm. 1731, obs. J. Pradel  ; RSC 2004. 94, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire  ; pour le délit de tromperie, 7 juill. 2005, Bull. crim. n° 206 ; D. 2005. Jur. 2998, note A. Donnier  ; AJ pénal 2005. 370, obs. J. Leblois-Happe  ; RSC 2006. 84, obs. C. Ambroise-Castérot .

(6) V., en ce qui concerne la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac, Crim. 17 janv. 2006, Bull. crim. n° 21 ; D. 2006. Jur. 1437, note C. Courtin  ; AJ. Pén. 2006. 169, obs. G. Royer  ; JCP 2006. II. 10120, note B. Bouloc.

(7) Crim. 14 mars 1984, Bull. crim. n° 110.

(8) Crim. 11 févr. 1987, D. 1987. Somm. 142, obs. R. Lindon et D. Amson.

(9) Crim. 3 mars 1982, Bull. crim. n° 68.

(10) Crim. 19 mai 1981, D. 1981. Jur. 544, note D. Mayer ; RSC 1982. 125, obs. G. Levasseur.

(11) Montpellier, 7 mars 2002, CCE 2003, n° 43, obs. A. Lepage.

(12) V.-Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2007, n° 20.

(13) Crim. 27 janv. 1981, JCP 1982. II. 19742, note Bécourt.

(14) Crim. 7 oct. 1997, Bull. crim. n° 324 ; D. 1999. Jur. 152, note J.-C. Saint-Pau  ; Dr. pénal 1998, Comm. n° 47, obs. M. Véron ; V. aussi P. Conte, *Droit pénal spécial*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 331, p. 189.

(15) V. B. Bouloc, *Droit pénal général*, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2007, n° 379.

(16) Crim. 9 oct. 1980, D. 1981. Jur. 332, note J. Pradel ; RSC 1981. 879, obs. G. Levasseur.

(17) CEDH 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig*, D. 1990. Jur. 353, note J. Pradel .

(18) V., p. ex., Crim. 21 févr. 1990, RSC 1990. 785, obs. G. Levasseur  ; 30 mai 1991, Bull. crim. n° 232.

(19) Crim. 23 janv. 1997, Bull. crim. n° 32 ; D. 1997. Jur. 147, note J. Pradel  ; Dr. pénal 1997, Comm. n° 38, obs. J.-H. Robert.

(20) Crim. 13 oct. 2004 (aff. des « *paillotes corses* »), Bull. crim. n° 243 ; D. 2005. Pan. 1528, obs. G. Roujou de Boubée, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et M. Segonds  ; AJ pénal 2004. 451, obs. C. S. Enderlin  ; Dr. pénal 2005, Comm. n° 2, obs. M. Véron.