



AFFAIRE 2014-34-RE

(Iturbe Garcia i Gagliardini Busser c/ Principat d'Andorra)

Numéro de registre: 449-2014. Recours d'empara

Arrêt du 13 mars 2015

Antécédents de fait (résumé)

A la suite d'une action pénale intentée contre des personnes inconnues, les membres de la Police ont appris que des enregistrements des lignes téléphoniques professionnelles avaient eu lieu au sein de leur Commissariat. Bien que l'affaire se trouve encore en phase d'instruction pénale, les deux requérants, M. Josep M. Iturbe Garcia et M. Eric Gagliardini Busser, ont saisi, conformément à l'article 41.1 de la Constitution, les tribunaux ordinaires sur la base de la procédure urgente et prioritaire afin que leur droit au respect de l'intimité et leur droit au secret des communications soient protégés. Ayant été déboutés en première et deuxième instance, ils ont saisi le Tribunal Constitutionnel d'un recours en protection constitutionnelle.

Une fois présenté et entendu le rapport du magistrat rapporteur, Madame Laurence Burgorgue-Larsen;

Fondements juridiques

Premier

Le recours d'empara activé par les deux requérants, membres du corps des forces de Police, est présenté contre l'aute de la Battlia de guardia (17 avril 2014) et contre la décision de la Chambre pénale du Tribunal supérieur de justice (du 30 juillet



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Traduction non officielle

2014), sur la base d'une violation des articles 14 et 15 de la Constitution andorrane en ce qu'ils protègent le droit au respect de l'intimité et de l'image et le droit au secret des communications.

L'allégation de violation des ces deux dispositions constitutionnelles s'articule autour de quatre griefs principaux. Le premier grief concerne la mise sur écoute de la ligne téléphonique professionnelle de l'un des requérants (M. Iturbe). Les deuxième, troisième et quatrième allégations de violations sont, quant à elles, formulées conjointement par les deux requérants et mettent en cause, respectivement, les enregistrements effectués par la Chambre d'Information, d'Intendance et de Commandement des services de police (SIIC) des appels aux numéros d'urgence ; la traçabilité de toutes les connexions informatiques et enfin le système de vidéosurveillance installé au sein des locaux des commissariats.

Deuxième

Le premier grief soulève, en plus d'une question de fond, une question procédurale : la *prejudicialitat penal*. En effet, M. Iturbe, découvrant qu'il avait été mis sous écoute pendant près d'un an, déposa plainte au pénal en alléguant une intrusion illégitime dans sa vie privée. La requête qu'il déposa fut enregistrée le 8 juillet 2010 avec le numéro de référence suivant : DP-2354-4/10. Le gouvernement (2^{ème} point des allégations du 4 décembre 2014), comme le Ministère public (3^{ème} point des allégations du 3 décembre 2014), soulèvent dans ce contexte l'exception de *prejudicialitat penal*. Ils estiment qu'il faut laisser le soin au système pénal d'identifier les responsables et de déterminer les peines à prononcer. Ce faisant, ils considèrent que le recours d'empara (qui est *in casu* la deuxième étape de la procédure urgent i preferent) ne peut être, à ce stade, admissible.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Traduction non officielle

Cette question de concurrence des procédures a déjà été examinée par deux fois par notre Tribunal constitutionnel qui, en 2009 (décision du 7 septembre 2009, 2009-2-RE), puis en 2011 (décision du 3 octobre 2011, 2011-12-RE), eut l'occasion d'établir un canon de constitutionnalité en la matière. A chaque fois, et pour des raisons différentes – la non-concordance de l'objet des litiges d'un côté (2009-2-RE, FJ n°2 *in fine*) et le non aboutissement de la procédure pénale de l'autre (2011-12-RE, FJ n°3), les recours d'empara, qui se basaient également sur des atteintes aux droits à l'intimité et au secret des communications, ont été admis.

En l'espèce, à partir du moment où l'objet au cœur de l'action pénale (DP-2354-4/10) et de la procédure « *urgente et préférée* » est identique (i.e., allégation de violation de la protection du droit à l'intimité), l'affaire 2009-2-RE ne peut pas servir de point de référence. En revanche, l'affaire 2011-12-RE permet de pouvoir évaluer, sur la base des principes qui y sont formulés, si la procédure 'urgente et préférée' activée par M. Iturbe est, ici, pertinente.

Les arguments décisifs qui permirent, dans cette affaire (2011-12-RE), d'accepter le recours d'empara sont relatifs, tout d'abord, *autemps* qui s'était écoulé entre le moment où fut activée l'action pénale et celui où fut déclenchée la procédure de l'article 41§1 et, ensuite, l'échec, à deux reprises de la protection pénale (FJ n°3 *in fine*). Partant, notre Tribunal considéra à l'époque que « *sense afectar ni condicionar en el més mínim la decisió que pugui adoptar la jurisdicció penal amb caràcter definitiu* » – il convenait d'examiner le fond du litige.

Les faits de la présente espèce mettent également en jeu des questions relatives au temps et à l'échec de la procédure. L'action pénale fut déclenchée et enregistrée le 8 juillet 2010 – autrement dit, il y a plus de quatre ans - « *contre des personnes inconnues du fait de l'interception de communications téléphoniques* ». Le déroulement de l'instruction met en exergue plusieurs éléments qui laissent à voir la lenteur avec laquelle l'enquête a été conduite.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Traduction non officielle

Ce n'est que le 5 avril 2011 qu'un acte a été émis afin qu'une perquisition ait pu avoir lieu dans les locaux du commissariat dans lequel se trouvait le matériel informatique litigieux. Sur la base de cet acte de procédure, des mesures d'expertise ont été demandées à des services techniques espagnols (rattachés au Ministère espagnol de l'Intérieur) sur la base d'une demande de coopération, formulée au moyen d'une *Providència* du 17 avril 2011 et reçue le 17 octobre 2011, soit près d'un an après le déclenchement de la procédure pénale. Ne pouvant effectuer les expertises techniques des enregistrements à distance, les services policiers espagnols reçurent l'autorisation, le 4 juin 2012, de venir en Andorre pour les effectuer sur place, soit près de deux ans après l'ouverture de la procédure. Les spécialistes découvrirent que le nouveau système de gestion informatique trouvé sur place (le système ROMA) avait été installé postérieurement à l'ouverture des *Diligències Prèvies* (Conclusiones segunda, Madrid, 28 juin 2012). De même, ils examinèrent tout le système informatique d'écoute résultant du système WORDNET et purent constater qu'il fut en mesure d'enregistrer 25 canaux de communication (autrement dit, 25 lignes téléphoniques internes au commissariat). L'expertise technique espagnole établit que de multiples écoutes des canaux téléphoniques du Commissariat avaient débuté à partir du 8 juillet 1998.

Aux côtés de ces expertises techniques, de nombreux témoins furent entendus à partir du 28 juin 2012, soit près de deux ans après l'ouverture de l'action pénale : des techniciens de l'entreprise qui avait installé le matériel informatique et un nombre important des policiers mis sur écoute notamment. Le 19 septembre 2013, le Collectif des fonctionnaires du Cos de police était admis au titre de partie civile. Il résulte également des pièces du dossier, qu'aucune mesure provisoire n'a été ordonnée afin de protéger le droit à l'intimité et au secret des communications du policier Iturbe et des autres membres des forces de police mis sur écoute.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Traduction non officielle

Au final, il apparaît qu'au début de l'année 2015, aucun élément concret et effectif n'a permis d'établir avec certitude, tant l'identité que les motifs des personnes qui ont mis sur écoute M. Iturbe, et d'adopter des mesures qui permettraient d'assurer – sans doute possible – qu'il ne puisse plus subir d'ingérences dans son droit à l'intimité et au secret de ses communications. Dans ces conditions, le Tribunal constitutionnel estime que l'écoulement du temps associé à l'absence concrète de résultat sont, *per se*, synonymes d'échec de la protection pénale dont la jurisprudence ordinaire affirme qu'elle doit être « *rapide* ». En effet, les droits en cause affectés sont particulièrement importants dans une société démocratique et il s'avère impératif qu'ils puissent être entourés de toutes les garanties nécessaires afin d'éviter d'éventuels abus ; or, le fait que l'instruction pénale au bout de quatre ans n'ait toujours pas donné de résultats –*i.e.* n'ait pas permis une protection « *rapide* » des droits mis en cause – incite le Tribunal constitutionnel a considéré comme nécessaire – sans préjudice des décisions qui seront adoptées au pénal et des responsabilités individuelles qui seront établies– d'entrer dans le fond du litige.

Troisième

Sur la base de la jurisprudence établie par notre Tribunal constitutionnel (affaire 2011-12-RE) sur l'étendue du droit à l'intimité et à la protection des communications (elle-même inspirée de la célèbre affaire *Copland c. Royaume-Uni* jugée par la Cour européenne le 3 avril 2007), il appert que tous les lieux de travail – ceux où les salariés privés comme les fonctionnaires exercent leur métier – tombent sous le coup de la protection des articles 14 et 15 de la Constitution andorrane.

Les faits de l'espèce démontrent que ce sont les lignes du poste de travail de M. Iturbe qui ont été mises sur écoute : « *De l'examen de les diligències resulta que la gravació de les converses s'hauria produït a partir de març del any 2009, quan un tècnic del servei oficial va posar en funcionament la gravació continuada de totes les*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Traduction non officielle

converses i no a demanda de l'usuari, i es va acabar la gravació continuada el mes de maig de 2010. » (TSJ, sala penal, 30 juillet 2014, IV Considerant).

La réalité de la mise sur écoute est donc expressément avérée, tandis que l'identité précise de ses commanditaires comme de sa finalité ne le sont toujours pas, puisque l'instruction est toujours en cours. A ce stade, la question qui se pose est celle de savoir si cette ingérence manifeste et directe dans le droit à l'intimité et au secret des communications de M. Iturbe sur son lieu de travail, était « prévue par la loi ». Il s'agit là d'une exigence élémentaire assurant la prééminence du droit dans une société démocratique comme la jurisprudence européenne l'a affirmé de longue date dans une affaire d'écoutes téléphoniques (*Kruslin et Huvig c. France* du 24 avril 1990). L'existence d'une base légale, accessible et prévisible, est un passage incontournable dans la réglementation des droits fondamentaux, notamment dans la délimitation de leurs limites au regard des exigences de vie en société.

En effet, dès qu'il est question d'atteintes à des droits fondamentaux, la question *liminaire* qui se pose n'est pas celle des buts légitimes, ni celle de la proportionnalité de l'ingérence, mais bien celle de l'existence ou non d'une base légale à de telles immixtions dans l'intimité et le secret des communications. Il y a là un élément majeur de la structure argumentaire du discours en matière de droits fondamentaux qui fonde tout raisonnement ultérieur. Une ingérence à un droit garanti par la Constitution doit être prévue par la « loi », avoir un but légitime et être proportionnée au but poursuivi. Les deuxième et troisième éléments (but légitime et proportionnalité) ne peuvent être analysés que si le premier est avéré (existence d'une base légale).



Quatrième

Le Tribunal constitutionnel a rappelé dans l'affaire 2011-12-RE (FJ n°5) la teneur de l'article 40 de la Constitution, selon lequel l'exercice des droits et libertés reconnus dans les chapitres III et IV ne peuvent être réglementés que par une loi qualifiée. Toujours dans cette affaire, le Tribunal constitutionnel avait pu relever le défaut d'une réglementation de cette nature et était entré dans l'analyse de l'examen du « contenu essentiel du droit » (« *A manca d'una regulació mitjançant una norma amb rang suficient, aquest Tribunal ha de raonar respectant el contingut essencial del dret* »). Il avait alors pu constater l'existence d'autres types de réglementations (comme l'Ordinació de la Funció Pública del Comú de Sant Julià de Lòria) qui, conjuguées avec d'autres aspects factuels du litige, lui avaient permis d'examiner la proportionnalité de l'ingérence dans le droit de la requérante. En tout état de cause, il avait donc pu constater l'existence d'une base juridique, même si *in casu*, il ne s'agissait pas d'une loi qualifiée. Car ce qui compte, *in fine*, dans un Etat de droit, c'est l'existence d'une norme qui permette aux justiciables d'ajuster leur comportement au droit et ce, en connaissance de cause. Cela est d'autant plus justifié quand le droit au secret des communications est en jeu.

Il va donc être nécessaire de vérifier, sur le grief soulevé par M. Iturbe, si une loi qualifiée existait et, à défaut, si une base juridique suffisamment accessible et prévisible avait réglementé les diverses modalités d'enregistrement contestées par les requérants.

L'examen des pièces du dossier démontre qu'aucune base juridique légale, issue d'un texte de loi ou issue d'une jurisprudence, à la fois accessible et prévisible, ne prévoyait – en la réglementant – une telle immixtion dans les communications du requérant. De même, aucune autorisation délivrée par un juge – dans le cadre de ce qui aurait pu être une enquête de police – n'a autorisé une telle mise sur écoute en y adjoignant des garde fous indispensables à cet effet (les modalités, le temps



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Traduction non officielle

d'écoute, les finalités, etc.) comme le libellé final de l'article 15 de la Constitution l'impose.

Partant, il y a eu violation du droit au secret des communications, tel que consacré à l'article 15 de la Constitution, dans le chef de M. Iturbe Garcia.

Cinquième

Il convient à ce stade d'examiner les deuxième, troisième et quatrième allégations de violations qui sont, quant à elles, formulées conjointement par les deux requérants (MM. Iturbe et Gagliardini Busser) et qui mettent en cause, respectivement, les enregistrements effectués par la Chambre d'Information, d'Intendance et de Commandement des services de police (SIIC) des appels aux numéros d'urgence ; le système de vidéosurveillance installé au sein des locaux des commissariats et enfin la traçabilité de toutes les connexions informatiques.

Ces allégations, bien que portant au grand jour d'importantes questions dans le cadre du fonctionnement d'une société démocratique, ne peuvent prospérer.

Les questions fondamentales mises en avant par les allégations conjointes des requérants concernent trois thèmes principaux : tout d'abord, la finalité expresse des enregistrements d'urgence, leurs modalités de stockage, leur délai de détention, leur modalités de destruction et leur contrôle ; ensuite, les personnes et/ou les entités publiques ou privées en mesure d'installer les caméras de vidéosurveillance, la portée de la captation des images, la durée de leur stockage, comme les modalités de leur contrôle ; enfin, l'information écrite et préalable que la traçabilité des connexions à internet au sein du Commissariat – et qui ne sont pas en lien avec des données sensibles – implique.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Traduction non officielle

Ces trois groupes de questions sont fondamentales car, dans une société démocratique, elles nécessitent l'existence d'une base juridique expresse qui en détermine précisément les contours ; or, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Toutefois, bien que fondamentales, ces questions révélées par les griefs des requérants, ne peuvent prospérer. En effet, ces derniers n'ont pas été en mesure de démontrer l'existence d'un préjudice subi effectif dans le cadre de leurs allégations. Présentés *in abstracto*, leurs griefs sont irrecevables.

DECISION

Conformément à ce qui vient d'être établi, le Tribunal Constitutionnel, par l'autorité que lui confère la Constitution de la Principauté d'Andorre,

DECIDE

1. D'octroyer la protection demandée par M. Josep Maria Iturbe Garcia pour ce qui est de la violation de son droit au secret des communications pour les enregistrements effectués sur sa ligne téléphonique professionnelle.

De rejeter le recours de protection des droits fondamentaux interjeté par M. Josep Maria Iturbe Garcia et par M. Eric Gagliardini Busser pour ce qui est de la violation de leurs droits au respect de l'intimité et au secret des communications pour les enregistrements effectués par la Chambre d'Information, d'Intendance et de Commandement des services de police (SIIC) des appels aux numéros d'urgence, pour le système de vidéosurveillance installé au sein des locaux des commissariats



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Traduction non officielle

et pour la traçabilité de toutes les connexions informatiques et qui ne sont pas en lien avec des données sensibles du Service de la Police.

2. De déclarer que le droit du requérant M. Josep Maria Iturbe Garcia au secret des communications (article 15) a été méconnu, et de déclarer qu'une fois l'action pénale close, il faudra procéder à la destruction de tous les enregistrements faits sur la ligne téléphonique professionnelle de M. Josep Maria Iturbe Garcia.

3. De publier cet arrêt, conformément à l'article 5 de la Loi Qualifiée du Tribunal Constitutionnel, au Bulletin Officiel de la Principauté d'Andorre, et de le notifier à l'avocat de MM. Josep Maria Iturbe Garcia et Eric Gagliardini Busser, au Gouvernement, au président de la *Batllia*, au président du Tribunal Supérieur de Justice, ainsi qu'au Ministère public, établi et signé le 13 mars 2015 à Andorre La Vieille.

Laurence Burgorgue-Larsen
Présidente

Isidre Molas Batllori
Vice-président

Pierre Subra de Bieusses
Magistrat

Juan A. Ortega Díaz-Ambrona
Magistrat