

Clair-obscur autour de la qualification des codes de déverrouillage des téléphones et des personnes pouvant les requérir

Suzanne Vergnolle, Docteure en droit de l'Université Paris II Panthéon-Assas

1. Emprisonnée dans le château de Charltey Hall, Marie Stuart échangeait des lettres chiffrées organisant sa libération et l'assassinat de la reine Elizabeth. Confiante dans le chiffrement utilisé, elle n'hésitait pas à partager l'ensemble de son dessein par écrit. Mais celui-ci ne résista pas aux experts en cryptanalyse auxquels étaient soumis ses courriers interceptés¹. Lors de son procès, et en dépit des implacables évidences, Marie Stuart continua de plaider son innocence. Cela ne suffit pas à convaincre les juges puisqu'elle fut exécutée le 8 février 1587.

2. Si l'usage des techniques de chiffrement est séculaire, sa diffusion au grand public est à l'inverse assez récente. En matière pénale, les techniques de chiffrement engendrent d'importants débats, notamment sur la question de savoir comment concilier la confidentialité du contenu d'un téléphone avec les besoins de l'enquête et de la lutte contre la criminalité². On se souvient par exemple du bras de fer ayant opposé le FBI à Apple dans l'affaire du déverrouillage de l'iPhone de l'auteur de la fusillade de San Bernardino³. En France, pour pallier ces difficultés d'accès aux preuves, le législateur punit, à l'article 434-15-2 du code pénal, le refus par toute personne ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement de la « remettre [...] aux autorités judiciaires ou de la mettre en œuvre »⁴. La question de l'application de cette infraction aux codes de déverrouillage des téléphones était au cœur de l'arrêt analysé.

3. En mars 2017, dans le cadre d'une enquête de flagrance, un suspect est interpellé et placé en garde à vue pour infractions à la législation sur les stupéfiants⁵. Lors de son audition, les fonctionnaires de police lui demandent de leur fournir les codes de déverrouillage des trois téléphones portables trouvés en sa possession, ce qu'il refuse de faire. Devant le tribunal correctionnel de Créteil, le conseil du prévenu soulève une question prioritaire de constitutionnalité sur la conformité de l'article 434-15-2 du code pénal au droit au silence et au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination⁶. Contre toute attente, le Conseil constitutionnel déclare l'article conforme à la Constitution, sans formuler de réserve d'interprétation⁷. Le tribunal correctionnel considère par la suite le prévenu coupable des infractions liées aux stupéfiants, mais aussi coupable du refus de remettre aux autorités judiciaires la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie. Saisie de l'affaire, la cour d'appel de Paris infirme le jugement quant à cette dernière infraction. Selon elle, il « ne ressort d'aucun élément de la procédure qu'une réquisition ait été adressée par

¹ Pour une présentation historique du chiffrement, S. Singh, *Histoire des codes secrets. De l'Égypte des Pharaons à l'ordinateur quantique*, Le Livre de poche, 1999, p. 17 s.

² Sur les difficultés rencontrées par les enquêteurs, v. B. Hurel et V. Lemonier, « L'enquête pénale à l'épreuve du chiffrement », *Délibérée* 2018, n° 4, p. 53 s.

³ A. Guiton, « Apple-FBI, la guerre des monstres », *Libération* 23 févr. 2016.

⁴ C. pén., art. 434-15-2, tel qu'issu de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (*JO RF* 16 nov. 2001, n° 266). Les peines ont été depuis renforcées par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement (*JO RF* 4 juin 2016, n° 0129).

⁵ C. proc. pén. art. 53 et s.

⁶ Celle-ci fut transmise par une décision de la Cour de cassation du 10 janvier 2018, n° 3478.

⁷ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-696 QPC. Adde P. de Combles de Nayves, « Le code de déverrouillage d'un téléphone n'est pas une convention de déchiffrement », *AJ Pénal* 2019, p. 439. Pour des critiques au regard du manque de motivation de la décision, v. not. M. Quéméner, « Le refus de déchiffrement à l'épreuve des droits fondamentaux », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 514 ; M. Lacaze, « Constitutionnalité du refus de remise d'une convention secrète de déchiffrement », *AJ Pénal* 2018, p. 257.

une autorité judiciaire (...) le prévenu ayant seulement refusé de communiquer ce code à la suite d'une demande qui lui était faite au cours de son audition par un fonctionnaire de police ». Elle affirme par ailleurs que le « code de déverrouillage d'un téléphone portable d'usage courant, (...) ne constitue pas une convention secrète d'un moyen de cryptologie ».

C'est sur chacun de ces deux points que la Cour de cassation casse l'arrêt. La Haute juridiction retient d'abord que c'est à tort que la cour d'appel a « énoncé que cette réquisition ne pouvait être délivrée par un fonctionnaire de police, alors que la réquisition délivrée par un officier de police judiciaire, [...] sous le contrôle de l'autorité judiciaire, entre dans les prévisions de l'article 434-15-2 du code pénal ». La Cour de cassation s'intéresse ensuite à la qualification du code de déverrouillage d'un téléphone comme une convention secrète de déchiffrement. Après avoir défini cette notion, elle censure l'arrêt d'appel pour s'être référé à la « notion inopérante de téléphone d'usage courant ».

4. Cette décision appelle principalement deux séries d'observations⁸. Elle commande d'abord d'analyser les conséquences de la possibilité reconnue aux fonctionnaires de police de formuler des réquisitions de remise de la convention secrète de déchiffrement (I). Elle appelle ensuite à s'interroger sur les zones d'ombre continuant d'entourer la qualification du code de déverrouillage des téléphones portables (II).

I – Le pouvoir de réquisition de remise de la convention secrète de déchiffrement reconnu aux fonctionnaires de police

5. Depuis quelques années, la place des réquisitions dans les enquêtes ne cesse d'augmenter⁹. Cela s'explique aisément : les personnes utilisent de multiples moyens pour communiquer entre elles et les enquêteurs ont besoin d'y accéder pour mener à bien leurs investigations. Nombre de procédés se mettent en œuvre par le biais de réquisitions, notamment pour réclamer l'identification d'un numéro de téléphone, la localisation d'un utilisateur ou la liste des appels entrants et sortants¹⁰. La notion de réquisition renvoie à la demande écrite ou orale délivrée par l'autorité publique, administrative ou judiciaire à une personne physique ou morale, de droit privé ou public, d'accomplir un acte ou une prestation¹¹. Le législateur a entouré ces réquisitions de garanties, notamment parce qu'elles peuvent porter sur des données personnelles ou confidentielles.

6. Pour être constitué, le délit de refus de remettre la convention secrète de déchiffrement suppose la réunion de plusieurs éléments parmi lesquels figure, à titre préalable, l'existence d'une réquisition délivrée par les autorités judiciaires, selon l'article 434-15-2 précité. En imposant que cette demande émane de l'autorité judiciaire, le législateur borde son champ d'application et accompagne cette mesure des garanties inhérentes à cette autorité¹². Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs rappelé son caractère central¹³. D'un point de vue constitutionnel, l'autorité judiciaire fait référence aux magistrats judiciaires tant du siège que du parquet¹⁴. Bien qu'un tel renvoi soit

⁸ Pour un aperçu plus large des questions liées à cette décision, v. J.-B. Thierry, « “Because privacy doesn't matter” : à propos du refus de fournir la clé de déchiffrement d'un moyen de cryptologie », *Gaz. Pal.* 2020, n° 43, p. 26.

⁹ Selon une question écrite, « le nombre de réquisitions croît de 30 % chaque année », QE n° 22105, A. Genevard, 26 mars 2013.

¹⁰ Sur les actes d'enquêtes portant sur la téléphonie, v. T. Lebreton, « Investigations et téléphonie mobile », *Gaz. Pal.* 2019, n° 10, p. 15, note ss Cass. crim., 13 oct. 2020, n° 20-80.150

¹¹ P. Mathonnet et M. Ghnassia, « La Cour de cassation pose ses conditions en matière de réquisitions de documents délivrés au cours des enquêtes préliminaires », *D.* 2006, p. 1429.

¹² Sur l'indépendance des magistrats de l'ordre judiciaire, v. S. Guinchard, A. Varinard et T. Debarb, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2019, n°s 121 s.

¹³ Cons. const., 30 mars 2018, n° 2018-696 QPC, spéc. cons. 7.

¹⁴ Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, spéc. cons. 5. *Adde Rép. pén.* Dalloz, V° « Question prioritaire de constitutionnalité », par A. Cappello, juin 2015, n° 231. Comp. Cons. const., 30 juill. 2010, n° 14-22 QPC.

très large, la doctrine considère qu'il est ici « fait référence aux pouvoirs de réquisition dont disposent tant le procureur de la République en phase d'enquête, que le juge d'instruction au cours d'une information judiciaire. Les juridictions de jugement ne sont pas concernées, sauf supplément d'information. Les officiers de police judiciaire non plus »¹⁵.

7. Pourtant, et de manière surprenante, la Cour de cassation retient ici l'inverse. Elle considère en effet que « la réquisition délivrée par un officier de police judiciaire agissant en vertu des articles 60-1, 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale [...] sous le contrôle de l'autorité judiciaire, entre dans les prévisions de l'article 434-15-2 du code pénal ». S'écartant de l'obligation légale d'être en présence d'une réquisition délivrée par l'autorité judiciaire, la Cour de cassation se contente qu'elle soit seulement sous son contrôle. Une telle interprétation, d'apparence anodine, a d'importantes conséquences.

8. En principe, le procureur de la République est l'acteur central de l'enquête de flagrance¹⁶. En pratique, l'initiative des actes, tels que les réquisitions, provient le plus souvent de l'officier de police judiciaire, comme la loi l'y autorise¹⁷. En tout état de cause, l'accomplissement de ces actes est effectué sous la direction du procureur de la République, auquel l'OPJ rend compte¹⁸. Le contrôle de l'autorité judiciaire apparaît d'autant plus indirect que l'article 60-1 du code de procédure pénale attribue à l'agent de police judiciaire le pouvoir de formuler, sous le contrôle de l'OPJ, ces réquisitions : l'intervention de l'autorité judiciaire est donc particulièrement lointaine. À l'inverse, dans les autres types d'enquêtes, les réquisitions émanent bien de l'autorité judiciaire. Dans le cadre de l'enquête préliminaire, elles proviennent directement du procureur de la République ou sont effectuées par les OPJ ou APJ *après* son autorisation¹⁹ ; au cours d'une information judiciaire, elles émanent soit du juge d'instruction soit de l'officier de police judiciaire commis par lui²⁰.

S'agissant des réquisitions demandant la remise de la convention secrète de déchiffrement, le texte précise qu'elles sont délivrées par l'autorité judiciaire²¹. En offrant la possibilité aux fonctionnaires de police de formuler eux-mêmes ces réquisitions en enquête de flagrance, la Cour de cassation permet dès lors que ces demandes soient émises, sur le modèle de ce que prévoit l'article 60-1 précité, en dehors d'une autorisation préalable de l'autorité judiciaire²². Cela apparaît néanmoins critiquable lorsque l'on garde à l'esprit, bien que la chambre criminelle ne l'ait pas encore clairement affirmé, que la recherche et l'exploitation du contenu d'un téléphone s'apparentent à une fouille²³, attestant du caractère particulièrement intrusif des actes subséquents à la demande de communication du code de déverrouillage.

En acceptant que les réquisitions émanent de fonctionnaires de police, la Cour de cassation s'écarte de la lettre du texte et se contente d'un contrôle *a posteriori* de l'autorité judiciaire pour ces demandes intrusives.

¹⁵ JCP *pénal code*, fasc. 20, « Refus de déchiffrement d'un moyen de cryptologie utilisé à des fins criminelles », par C. Ribeyre, 2010 (actu. 2020), n° 10.

¹⁶ En vertu de l'article 41 du code de procédure pénale, il procède à la recherche et la poursuite des infractions pénales. *Adde Rép. pén.* Dalloz, V° « Enquête de flagrance », par R. Gauze, 2005 (actu. 2020), n° 62.

¹⁷ C. proc. pén., art. 60-1.

¹⁸ C. proc. pén., art. 19.

¹⁹ C. proc. pén., art. 77-1-1.

²⁰ C. proc. pén., art. 99-3.

²¹ C. proc. pén., art. 60-1. *Adde* S. Fucini, « Code d'accès d'un téléphone : une convention de déchiffrement ? », *Dalloz actualité* 20 oct. 2020.

²² Le contrôle du procureur n'intervient que dans un second temps puisque le premier contrôle émane de l'OPJ.

²³ T. Lebreton, « Investigations et téléphonie mobile », *Gaz. Pal.* 2019, n° 10, p. 15.

9. En dépit de cette différence d'interprétation, l'arrêt de la cour d'appel n'encourt pas la censure. En effet, la Haute juridiction affirme « qu'une simple demande formulée au cours d'une audition, sans avertissement que le refus d'y déférer est susceptible de constituer une infraction pénale, ne constitue pas une réquisition ». Aussi, pour qu'une telle demande soit considérée comme une réquisition, le fonctionnaire doit informer la personne des conséquences pénales de son refus. La chambre criminelle délivre ainsi aux enquêteurs le « mode d'emploi » leur garantissant de faire entrer leurs demandes dans le champ de l'infraction prévue par le code pénal.

Les autres éléments constitutifs de l'infraction demeurent, quant à eux, toujours entourés de zones d'ombre.

II – Des zones d'ombre persistantes autour de la qualification du code de déverrouillage des téléphones

10. Avant d'entrer dans les détails de la qualification juridique du code de déverrouillage du téléphone, la Cour de cassation propose une définition de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie²⁴. Selon elle, cette convention « contribue à la mise au clair des données qui ont été préalablement transformées, par tout matériel ou logiciel, dans le but de garantir la sécurité de leur stockage, et d'assurer ainsi notamment leur confidentialité ». En pratique, cette convention se caractérise souvent par l'existence d'une clé de chiffrement utilisée pour chiffrer et déchiffrer les données. L'utilisation par la Cour de cassation du verbe « contribue » laisse à penser que la convention secrète de déchiffrement n'est qu'un moyen, parmi d'autres, concourant au déchiffrement des données. Pourtant, cette convention secrète permet, à elle seule, d'accéder aux données préalablement chiffrées. L'ajout de ce verbe, d'ailleurs absent de la définition légale²⁵, apparaît donc plutôt surprenant.

Ensuite, la Cour de cassation considère que « le code de déverrouillage d'un téléphone portable peut constituer une telle convention lorsque ledit téléphone est équipé d'un moyen de cryptologie ». Selon la Cour, cela se déduit des caractéristiques ou des logiciels équipant l'appareil ainsi que des résultats d'exploitation des téléphones. Un auteur a remarqué qu'une telle interprétation laisse planer quelques doutes sur « les téléphones auxquels cette jurisprudence peut s'appliquer »²⁶. Cette critique doit toutefois être relativisée puisque, depuis 2015, les deux systèmes d'exploitation majeures (Android et IOS) chiffrent les données du téléphone lors de son verrouillage. Assurément, ces téléphones seront considérés comme équipés d'un tel moyen de cryptologie. L'infraction apparaît donc avoir un potentiel d'application immense puisque la plupart des smartphones entrent dans son domaine. S'agissant des rares téléphones qui ne sont pas équipés de tels moyens de chiffrement, leurs détenteurs ne seront pas obligés de fournir leur code de déverrouillage. Toutefois, et comme pour la plupart des téléphones, les enquêteurs peuvent utiliser des outils techniques pour accéder au contenu de l'appareil sans le code de déverrouillage²⁷.

11. Si la censure de l'arrêt de la cour d'appel apparaît justifiée dès lors que la cour d'appel faisait effectivement référence à la « notion inopérante de téléphone courant »²⁸, l'on peut toutefois s'interroger sur les limites entourant la mise en œuvre de l'infraction. Indubitablement, nous utilisons de plus en plus d'outils qui chiffrent les données. Ce chiffrement est important pour de

²⁴ La Cour vise plusieurs dispositions notamment l'article 29 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 qui fournit aussi une définition de cette notion.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ S. Fucini, « Code d'accès d'un téléphone : une convention de déchiffrement ? », *Dalloz actualité* 20 oct. 2020.

²⁷ Notamment ceux proposés par Cellebrite, v. not. V. Coquaz, « Les commissariats français vont-ils s'équiper d'un outil qui permet d'aspirer les données des téléphones portables ? », *Libération* 28 nov. 2019.

²⁸ Cette notion était d'ailleurs critiquée par la doctrine, v. not. P. de Combes de Nayves, « Le code de déverrouillage d'un téléphone n'est pas une convention de déchiffrement », *AJ Pénal* 2019, p. 439.

multiples raisons : sans lui, il n'existerait plus de commerce ou de banque en ligne, les communications pourraient être interceptées par des tiers... Puisque le chiffrement s'invite amplement dans notre quotidien, l'incrimination a vocation à s'appliquer de plus en plus largement et les risques d'atteinte à la vie privée sont décuplés, d'autant que le contenu des smartphones s'étend au-delà des seules communications en lien avec une infraction éventuelle. S'y trouvent pêle-mêle des photos familiales, des communications intimes, personnelles et professionnelles, certaines applications qui révèlent de nombreuses informations personnelles, telles que l'orientation sexuelle d'une personne²⁹. À l'inverse, les réquisitions délivrées aux entreprises se limitent à certaines des données qu'elles détiennent et ont donc un champ d'application circonscrit. Imposer une obligation de fournir les codes de déverrouillage du téléphone ouvre donc de nouveaux risques d'atteinte à la protection de l'intimité de chacun³⁰.

12. Les difficultés entourant l'obligation de fournir aux enquêteurs le code de déverrouillage d'un téléphone sont également présentes outre-Atlantique. Les juges américains ont longtemps distingué selon que le déverrouillage était effectué par une suite de chiffres ou par une donnée biométrique³¹. Dans le premier cas, les juges considéraient que la personne ne pouvait être contrainte de fournir ses codes sans que cela porte atteinte au Cinquième amendement, c'est-à-dire au droit au silence et au droit ne pas s'auto-incriminer³². Dans le second cas, les juges considéraient que la personne pouvait être forcée à mettre son doigt ou visage pour déverrouiller le téléphone³³. Une décision californienne de janvier 2019 est revenue sur cette distinction et a étendu le bénéfice de la protection du Cinquième amendement aux déverrouillages par données biométriques³⁴. En l'absence d'une telle distinction en droit français, il est permis de penser que l'infraction prévue par le code pénal s'applique également au déverrouillage biométrique. En offrant le pouvoir aux fonctionnaires de police, sans l'autorisation préalable d'un magistrat, de requérir les personnes à fournir leurs codes de déverrouillage, le droit français apparaît donc plus permissif que le droit américain.

13. Les contours de l'obligation de fournir les codes de déverrouillage d'un téléphone ne sont pas encore parfaitement délimités, mais leur évolution, dont cet arrêt témoigne, se réalise au détriment des protections des données et de l'intimité de chacun. Si le chiffrement de Marie Stuart avait résisté aux cryptanalyses, aurait-il été pensable de la contraindre à fournir sa clé de déchiffrement ?

²⁹ Les applications de rencontres permettent de déduire ou présumer l'orientation sexuelle de son détenteur.

³⁰ Les autres conditions de l'infraction, liées à la matérialité et l'intention, encadrent mollement son application.

³¹ Sur cette distinction, v. not. A. Herrera, « Biometric passwords and the fifth amendment : how technology has outgrown the right to be free from self-incrimination », *ICLA Law Review* 2019, vol. 66, p. 778, spéc. p.796 s.

³² V. par ex. District court du Michigan, *United States c. Kirschner*, 30 mars 2010, 823 F. Supp. 2d 665. On peut constater une opposition frontale d'interprétation entre les juges américains et français sur les effets de cette obligation par rapport au droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer, v. Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-696 QPC et Cass. crim., 10 déc. 2019, n° 18-86.878, *Bull. crim.*

³³ V. not. Circuit court de Virginie, *Commonwealth c. Baust*, 28 oct. 2014, 89 Va. Cir. 267.

³⁴ District court de Californie, *In the matter of a search of a residence in Oakland California*, 10 janv. 2019,