



institut international
des droits de l'Homme
et de la paix



Points de vue



UNIVERSITÉ
CAEN
NORMANDIE

avec les étudiants du Master 2
Droit des libertés de l'UFR Droit

— édition 2020/2021

Sommaire

Introduction	p.6
« Une condamnation disciplinaire de l'Ordre des médecins pour faute professionnelle n'est pas une « condamnation » pour une « infraction » au sens de l'article 4 du Protocole n°7 de la Convention Européenne des droits de l'Homme » Gillian Mouchel.....	p.7
« La France : une « démocratie apte à se défendre » » Océane Trouillard	p.11
« Le droit à une vie familiale : une exclusion possible face à l'intérêt supérieur de l'enfant » Léo Bienfait	p.15
« Continuité de la justice en temps de Covid-19 : tentative de conciliation entre procédure civile sans audience et droit à un procès équitable » Éline Gérard.....	p.19
« L'absence de recours devant le juge judiciaire permettant d'obtenir qu'il soit mis fin à des conditions de détention provisoire portant atteinte à la dignité est contraire à la Constitution » Mégane Porquet.....	p.23
« La Cour européenne précise la facette indemnitaire du contentieux relatif aux conditions de détention contraires à la dignité humaine » Yvan Petit.....	p.27
« L'octroi du statut du lanceur d'alerte conditionné à la qualification pénale des faits dénoncés, une restriction à la liberté d'expression des salariés » Juliette Rattier	p.31
« La dématérialisation de la procédure pénale censurée même dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire » Marie Tsagouria	p.35

« L'arrêt Médiapart c. France : les règles du jeu d'un journalisme responsable »	
Fiona Recrosio.....	p.39
« L'absence de prise en compte du lieu de domicile de la famille du mis en examen pour fixer le lieu d'incarcération ne prive pas pour autant ce dernier du droit de mener une vie familiale normale »	
Julie Parment.....	p.43
« De l'obligation d'informer le tuteur ou curateur lors d'une perquisition au domicile d'un majeur protégé »	
Julie Bosse.....	p.47
« Protection subsidiaire : de nouveaux critères d'intensité permettant d'évaluer le degré de violence aveugle d'un conflit armé »	
Chloé Jouveaux.....	p.51
« Droit au silence: du bruit entre libertés fondamentales et lutte contre la délinquance en col blanc »	
Xavier Xenidis.....	p.55
« L'insuffisance de la protection des majeurs protégés devant les juridictions d'application des peines »	
Charles-Maxime Brodin	p.61
« La restriction du droit d'appel des décisions du juge des tutelles pour l'ex-concubine du majeur protégé »	
Manuel Mauger.....	p.65
« La liberté de la presse : liberté fondamentale consacrée dans le cadre du référé-liberté et aussitôt limitée par le Conseil d'Etat »	
Zoé Vandaële	p.69
« Le paradoxe sur l'incidence de l'absence d'information du droit de se taire devant la Chambre de l'instruction »	
Barbara Trenkmann.....	p.73
« Extraterritorialité, enquête effective et banc de sable afghan : la Cour européenne des droits de l'Homme confrontée à la réalité des conflits armés »	
Killian Tixador.....	p.77

**« Le contrôle rigoureux de l'usage de la force policière à l'aune
de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme »**

Mélissa Brouard.....**p.83**

Par sa rubrique « Point de vue » publiée régulièrement sur son site Internet, l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix laisse la parole à une experte ou un expert du droit, une tribune libre, un espace d'expression pour diffuser les droits de l'Homme et des notions liées à ces derniers.

L'Institut international des droits de l'Homme et de la paix et le Master Droit des libertés de l'UFR Droit de l'Université de Caen Normandie s'associent depuis 2020 pour proposer une série de « Points de vue » exclusifs.

À cette occasion, cet espace d'expression est donné à des étudiantes et étudiants du Master afin qu'elles et ils livrent leur analyse juridique d'une situation ou d'un fait d'actualité marquant, sous l'angle du Droit et des droits de l'Homme.

Publications à retrouver sur www.2idhp.eu.



Point de vue

Gillian Mouchel

« Une condamnation disciplinaire de l'Ordre des médecins pour faute professionnelle n'est pas une « condamnation » pour une « infraction » au sens de l'article 4 du Protocole n°7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme »

Affaire : Cour EDH, déc., 22/10/2020, Faller et Steinmetz c. France, 59389/16 et 59392/16

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'Homme : art. 6 §1 et art. 4 du Protocole n°7
- Code de la santé publique : art. L. 4124-2 et L. 4124-6
- Code de la sécurité sociale : art. L. 145-1, L. 145-2 et L. 145-3

II. - Contexte

Posant la règle Non bis in idem, l'article 4 du Protocole 7 constitue une garantie procédurale directement liée à l'article 6§1 de la CEDH qui protège le droit au procès équitable, notamment en « matière pénale ». Adoptant une vision autonome de cette expression, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) considère que cela ne couvre pas uniquement le contentieux pénal, mais aussi une procédure de sanction après une étude casuistique.

Les requérants, médecins spécialisés en rééducation fonctionnelle, ont été condamnés en 2009 par un conseil de discipline devant les organes de l'Ordre des médecins à une interdiction d'exercer pour 4 mois dont 2 avec sursis pour avoir commis des fautes professionnelles à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux. Parallèlement, une instruction est ouverte pour escroquerie (ensuite étendue à l'exercice illégal de la profession de manipulateur d'électroradiologie). Dans un arrêt du 28 mai 2015, la Cour d'appel de Colmar condamne chacun des requérants à 18 mois d'emprisonnement avec sursis, 25000€ d'amende et à une interdiction d'exercer la profession de médecin durant 1 an, pour escroquerie. Ils forment alors un pourvoi en cassation dans lequel ils soutiennent qu'ils ont déjà fait l'objet d'une condamnation définitive par l'Ordre des médecins pour les mêmes faits. Partant, ils allèguent que la Cour d'appel aurait méconnu la règle Non bis in idem, et ainsi violé l'article 4

du Protocole n°7. Dans un arrêt du 3 mai 2016, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

III. - Analyse

Les requérants introduisent leurs requêtes individuelles devant la Cour EDH le 7 octobre 2016. Ils allèguent une violation de l'article 4 du Protocole n°7 en ce qu'ils ont été condamnés pour les mêmes faits à la fois au plan pénal pour escroquerie et au plan disciplinaire pour fautes professionnelles. La nature de ces condamnations est donc en cause, les condamnations devant nécessairement relever de la « matière pénale » (au sens de l'article 6§1 CEDH) pour que la Cour EDH puisse appliquer la règle Non bis in idem (article 4 du Protocole n°7).

La Cour constate dans la décision *Faller et Steinmetz* que les requérants ont d'abord été condamnés une première fois par les organes disciplinaires de l'Ordre des médecins pour fautes professionnelles, puis une seconde fois par les juridictions pénales pour délit d'escroquerie. La Cour ajoute à juste titre que cette seconde condamnation est « sans aucun doute pénale, au sens de la Convention » (§39). Ainsi, la question qui retient l'attention des juges de Strasbourg est celle de savoir si la première condamnation disciplinaire peut être entendue comme une condamnation pour une « infraction pénale » au sens de l'article 4 du Protocole n°7. S'appuyant sur les critères dits « Engel », la Cour détermine ainsi si la procédure en cause est pénale ou non comme le nécessite l'article 4 du Protocole n°7. Elle déduit ici que la décision disciplinaire prise contre les requérants « n'est pas une « condamnation » pour une « infraction », au sens de l'article 4 du Protocole n°7 » (§49). Les requêtes sont en conséquence irrecevables.

IV. - Portée

L'article 4 du Protocole n° 7 prévoit que « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État » (§1). En d'autres termes, cette disposition « a pour objet de prohiber la répétition de procédures pénales définitivement clôturées » (*Sergueï Zolotoukhine c. Russie* (GC), 10 février 2009, n°14939/03, §107). Par ailleurs, nous savons depuis les arrêts *Grande Stevens c. Italie* du 4 mars 2014 (n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10 §219 et s.) et *A et B c. Norvège* du 15 novembre 2016 (n°24130/11 et 29758/11 §102 et s.) que la Cour EDH applique la règle Non bis in idem à un cumul de poursuites de sanctions pénales et non pénales pour le même fait (ainsi pour des sanctions de type fiscal et administratif). L'intérêt de la décision *Faller et Steinmetz* porte sur l'applicabilité de l'article 4 du Protocole 7 à un cumul de sanctions pénales et disciplinaires. Mais pour pouvoir répondre à la question de l'applicabilité de cet article, il faut se pencher sur la nature des sanctions et la notion de

matière pénale. C'est l'arrêt Engel ea. c. Pays-Bas du 8 juin 1976 qui a précisé les contours et limites de cette « matière pénale », à laquelle l'article 6§1 de la CEDH fait référence. Nous savons donc que la « matière pénale » se définit par rapport aux textes de droit interne prévoyant l'infraction incriminée, la nature même de l'infraction, ainsi que le degré de sévérité de la sanction encourue (n°5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 §82). Par ailleurs, on sait depuis l'arrêt Le Comte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique du 23 juin 1981 que sauf exception « les poursuites disciplinaires ne relèvent pas, comme telles, de la « matière pénale » » (n°6878/75 ; 7238/75, §42). Cette exclusion renvoie notamment aux sanctions disciplinaires prononcées par différents ordres professionnels, dont l'Ordre des médecins (Ouendeno c. France (déc.) du 2 mars 1994, n°18441/91).

Dans la décision Fallier et Steinmetz, la Cour EDH procède à une application stricte des éléments jurisprudentiels connus pour aboutir à un constat d'irrecevabilité. En mettant à nouveau en œuvre les critères de l'arrêt Engel, elle constate tout d'abord que le contentieux porté devant la Cour de Strasbourg ne relevait pas des juridictions pénales, mais bien des juridictions disciplinaires de l'Ordre des médecins, pour des fautes commises à l'occasion de leur exercice professionnel. Par ailleurs, la référence au droit interne ne renvoyait pas à une infraction de type pénal, mais à une disposition du code de la sécurité sociale (art. L. 145-1) visant « une catégorie particulière de professionnels de la santé (...) plutôt que le public dans son ensemble », et destinée « à protéger l'honneur et la réputation des professions médicales concernées et à maintenir la confiance du public dans celle-ci » (§47). Enfin, les sanctions au cœur de l'affaire (art. L. 145-2 du code de la santé publique) n'étaient pas de nature pénale (elles ne prévoyaient ni amende, ni mesure privative de liberté), mais « typiquement disciplinaires » (§48). Partant, la Cour EDH déduit que la décision émanant de l'Ordre des médecins « n'est pas une « condamnation » pour une « infraction », au sens de l'article 4 du Protocole n°7 » (§49). Il était donc possible, sans violer cet article, de condamner les requérants à la fois au plan pénal et au plan disciplinaire.

On peut enfin souligner que l'affaire posait une autre question de droit, puisque la France a émis une réserve au titre de l'article 4 du Protocole n° 7 lors de la ratification de ce texte le 17 février 1986. Par cette réserve, la France a indiqué que cette disposition ne peut s'appliquer qu'aux seules « infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale ». L'on peut raisonnablement s'interroger sur le point de savoir si une telle réserve n'est pas « incompatible avec l'objet et le but du traité » (au sens de l'article 19 c) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Malheureusement, la question n'est pas tranchée au fond, puisque la Cour estime ici qu'il n'est pas nécessaire de l'examiner « dès lors que le grief est irrecevable » (§35).

Gillian Mouchel



Point de vue

Océane Trouillard

« La France : une « démocratie apte à se défendre » »

Affaire : Cour EDH, 8 octobre 2020, Ayoub e.a.c. France, 77400/14

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'homme, articles 10, 11 et 17
- Code de la sécurité intérieure article L.212-1

II. - Contexte

« Dans un contexte de persistance et de renforcement du racisme et de l'intolérance en France et en Europe » (Cour EDH, 8 octobre 2020, Ayoub e.a.c. France, 77400/14, § 138) les Etats tentent de lutter contre les associations incitant à la haine, à la discrimination ou à la violence et promouvant des idées xénophobes, homophobes et/ou racistes.

C'est le cas de la France qui, suite au décès, le 5 juin 2013, d'un jeune homme membre du mouvement antifasciste dans une rixe contre des membres de « Troisième Voie » et de « Jeunesses Nationalistes Révolutionnaires » (ci-après JNR), décida de prononcer la dissolution de ces associations par décret du Président de la République, le 12 juillet 2013, sur fondement de l'article L. 212-1 du Code de sécurité intérieure (ci-après CSI). Cette association à l'idéologie nationaliste incitait à la haine et à la discrimination envers les immigrés. JNR était régulièrement impliquée dans des actes de violences racistes, homophobes ou contre les forces de l'ordre. Par décret du 25 juillet 2013, le président de la République prononça également, sur le même fondement légal, la dissolution de l'association « L'Œuvre Française » qui prônait la supériorité de la « race » blanche et véhiculait des idées antisémites, prônait le modèle du régime de Vichy et de la collaboration avec l'Allemagne nazie et organisait des camps à l'aspect paramilitaire.

Après une requête en annulation des décrets devant le Conseil d'Etat, celui-ci a confirmé que l'association « Troisième Voie » et JNR constituaient une milice privée au sens de l'alinéa 2 de l'article L. 212-1, à l'inverse de « L'œuvre Française », dont la dissolution était justifiée par la gravité des dangers pour l'ordre public et la sécurité publique, le décret ne méconnaissant, dès lors, pas les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH). Les présidents des

associations ont introduit des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme alléguant que les mesures de dissolution des associations constituaient des ingérences injustifiées de leurs droits à la liberté d'association et d'expression (articles 10 et 11 CEDH).

III. - Analyse

Selon les requérants, la dissolution serait politique et viserait à faire taire des opinions contraires à celles du pouvoir en faisant disparaître les opposants politiques que les associations rassemblent, le gouvernement profitant, pour cela, de la mort de Clément Méric en juin 2013.

Le Gouvernement soutient que ces ingérences étaient prévues par la loi (article L.212-1 du CSI) et poursuivaient un but légitime de protection de la sûreté publique, de la défense de l'ordre et de la protection des droits d'autrui. Elles étaient nécessaires dans une société démocratique au regard des troubles à l'ordre public causés par les activités des associations et par la promotion d'idéologies homophobe, antisémite et raciste contraires aux valeurs démocratiques portées par la CEDH. Le Gouvernement estime qu'en l'absence d'autre mesure, seule la dissolution des associations était adaptée et appropriée pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis. Les associations tentaient de détourner les articles 10 et 11 de la CEDH de leur vocation « en utilisant la liberté d'expression et la liberté d'association à des fins contraires aux valeurs fondamentales de la Convention que sont la justice et la paix » (Arrêt Ayoub e.a. c. France, § 79).

Dans son arrêt du 8 octobre 2020 la Cour européenne des droits de l'homme donne raison au gouvernement, confirmant que les requérants cherchaient à utiliser leur droit à la liberté d'association dans le but de détruire les idéaux et valeurs qui sont les fondements d'une société démocratique. Les juges ajoutent un élément essentiel puisqu'ils voient dans la dissolution « l'expression de décisions prise au regard d'une connaissance approfondie de la situation politique interne et en faveur d'une « démocratie apte à se défendre » dans un contexte de persistance et de renforcement du racisme et de l'intolérance en France et en Europe » (Ayoub e.a. c. France, §138). La Cour fait ainsi référence à l'arrêt Cour EDH, 15 octobre 2015, Perinçek c. Suisse, 27510/08 §242, reprenant l'expression employée pour la première fois dans l'arrêt Cour EDH, 26 septembre 1995, Vogt c. Allemagne, 17851/91 §59.

IV. - Portée

Cette décision est pertinente, la Cour ayant jugé à plusieurs reprises que « l'article 17 de la Convention empêchait les fondateurs d'une association dont l'objet (...) avait des connotations antisémites, de se prévaloir du droit à la liberté d'association (...) pour fonder sur la Convention un droit de se livrer à des activités contraires à (...) la Convention » (Cour EDH, 2 septembre 2004, W.P. et autres c. Pologne, 42264/98).

L'arrêt s'inscrit dans la prise en compte par la Cour du contexte historique pour l'appréciation d'un besoin social impérieux comme le montre les arrêts *Perinçek c. Suisse*, concernant la condamnation d'un politique turc pour négation du génocide arménien, et *Vogt c. Allemagne*, sur la révocation d'une enseignante pour son engagement au sein du parti communiste allemand dans lequel la Cour évoque la volonté de l'Allemagne de fonder un Etat sur l'idée de « démocratie apte à se défendre » suite à son expérience sous la République de Weimar. Dans ces deux arrêts la Cour a conclu à une violation des articles 10 et 11 de la CEDH, considérant que les contextes historiques ne justifiaient pas les violations, la Suisse n'étant pas, dans l'arrêt *Perinçek*, marquée par de fortes tensions ni des antécédents historiques particuliers. A l'inverse, en l'espèce, la Cour constate que les associations exaltaient la collaboration avec l'ennemi et le régime de Vichy, lui faisant reconnaître que le contexte historique « douloureux » de la collaboration en France, marqué par des considérations contraires à la démocratie et aux principes fondateurs de la CEDH, justifie les dissolutions (*Ayoub e.a. c. France*, § 138).

Pourtant, il semblerait dangereux d'accorder trop d'importance à la notion de « démocratie apte à se défendre », au demeurant peu claire. C'est dans ce sens que semble aller Frédéric Sudre (FSUDRE, *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *Revue du droit public*, 2017, p 795) qui explique que la Cour semble tendre vers une « systématisation » de ce principe et qu'un Etat partie peut s'en prévaloir « pour prendre des mesures concrètes pour protéger le régime démocratique », notamment face à la menace terroriste considérée par la Cour comme un « danger public menaçant la vie de la nation » (dérogation de l'article 15 de la CEDH). Cela justifie que soient restreint certains droits fondamentaux comme le droit de ne pas s'auto-incriminer ou le droit au respect de la vie privée en cas de perquisition, pour les besoins de la lutte contre le terrorisme. La Cour ne semble réellement ni prendre en compte ni alerter contre ce risque dans l'arrêt *Ayoub e.a. c. France*.

Si le principe reste donc celui d'une large liberté d'association et d'expression, nécessaires et inhérentes à toute société démocratique (Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, 5493/72), l'arrêt *Ayoub e.a. c. France*, confirme que la notion de « démocratie apte à se défendre » et le contexte historique peuvent servir de justification pour lutter contre des groupements promouvant des idées contraires à la démocratie, notamment dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. C'est en ce sens que semble aller la Cour notamment récemment dans un décret du 21 octobre 2020 portant dissolution du « Collectif Cheikh Yassine » notamment soupçonné d'avoir facilité l'assassinat du professeur d'histoire-géographie le 16 octobre 2020 en diffusant les propos d'un parent d'élève hostile à l'exposition de la caricature du prophète Mahomet, pris au regard du contexte.

Océane Trouillard



Point de vue

Léo Bienfait

« Le droit à une vie familiale : une exclusion possible face à l'intérêt supérieur de l'enfant »

Affaire : Cour EDH, 12 novembre 2020, Honner c. France, 19511/16

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'homme, article 8
- Code de procédure civile, articles 455 et 606
- Code civil, article 371-4

II. - Contexte

Dans le contexte actuel, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après Convention EDH) consacrant le droit à une vie privée et familiale, semble faire l'objet d'un certain nombre d'élargissements par la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) et cela pour parfaire son objectif de promotion des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

L'arrêt Honner c. France est un des récents arrêts relatifs au contentieux de cet article 8 rendu par la Cour EDH. Dans cette affaire, la requérante et son ex-compagne ont eu un enfant fruit d'un projet familial élaboré par PMA. Suite à leur séparation, son ex-compagne, mère biologique de l'enfant, s'est opposée à la poursuite des relations entre l'enfant et la requérante. Bien que le tribunal de grande instance de Créteil ait reconnu un droit de visite et d'hébergement à la requérante, la Cour d'Appel de Paris a infirmé le jugement. Au regard des faits et des documents établis par des spécialistes de santé, il apparaissait que les tensions plus qu'avérées entre les deux ex-compagnes étaient la cause de troubles de l'enfant. Le maintien de telles rencontres avec la requérante se révélait donc être dangereux pour ce dernier. La Cour d'Appel a par conséquent écarté le droit de mener une vie familiale consacré par l'article 8 au profit de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La requérante forme un pourvoi en cassation en alléguant le non-respect de l'article 455 du Code de procédures civiles ainsi qu'une mauvaise interprétation de l'article 8 de la convention EDH. Selon elle, la Cour d'Appel de Paris, aurait méconnu son droit à une vie familiale en ne lui autorisant pas de droit de visite. De surcroît, elle n'aurait pas répondu à l'ensemble des pièces que la

requérante a fourni. Le 7 octobre 2015, la Cour de cassation rejette le pourvoi pour des raisons procédurales.

III. - Analyse

La requérante introduit une requête individuelle le 7 avril 2016 devant la Cour EDH. Selon elle, le refus de lui accorder un droit de visite et d'hébergement à l'enfant, qu'elle a élevé pendant les premières années de sa vie, a violé le droit au respect de sa vie familiale.

La Cour constate dans la décision *Honner c/ France* que la notion de parent « de facto » convient de s'appliquer à l'espèce, et cela conformément à sa Jurisprudence antérieure (*affaire Paradiso et Campanelli c. Italie*, n°25358/12, 24 janvier 2017).

L'effectivité des liens personnels étroits que la requérante entretenait avec l'enfant de son ex-compagne, ainsi que l'union des deux femmes par pacte civil de solidarité (PACS) au moment de la PMA, permettent de reconnaître l'existence d'une vie familiale au sens de l'article 8.

Toutefois, pour la Cour européenne, il convient de prendre en compte la notion prétorienne de « marge nationale d'appréciation » reconnue aux Etats parties à la Convention EDH. Cette marge leur permet de choisir les mesures appropriées pour remplir leurs obligations. Elle s'applique notamment lorsqu'il s'agit de rechercher un juste équilibre entre l'intérêt de l'individu et celui de la société.

Reprenant ses jurisprudences antérieures (*affaire Moretti et Benedetti c. Italie*, n°16318/07, 27 avril 2010 par exemple), une certaine liberté d'appréciation est alors admise dans l'Etat afin de trouver un équilibre entre le droit à la vie familiale de la requérante et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dès lors, nonobstant la reconnaissance d'un lien personnel et effectif entre la requérante et l'enfant, la Cour européenne reprend les constatations de la Cour d'Appel de Paris faisant état de rencontres traumatiques pour l'enfant. Eu égard aux liens d'affection et à la vue des différents intérêts en jeu, la nécessité de mettre un terme aux rencontres avec la requérante apparaît comme justifiée.

Le droit de mener une vie familiale s'efface donc face à la nécessité de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit primer. La Cour ne reconnaît donc pas la violation de l'article 8 de la Convention EDH et rejette de ce fait la requête.

IV. - Portée

Dans la décision *Honner c/ France*, la Cour EDH poursuit sa logique déjà bien établie visant à ne pas limiter la notion de vie familiale à la seule relation fondée sur le mariage. Elle admet, sous certaines conditions, le parent « de facto » dès lors

qu'il existe des liens personnels effectifs (affaire V.D. et autres c. Russie n°72931/10, 9 avril 2019). Certes, le droit au respect de la famille garanti par l'article 8 semblait présupposer l'existence d'une famille en 1950, mais la Cour EDH ne s'est pas limitée à cette conception stricte. Cela peut s'expliquer par l'absence de définition in abstracto de la famille dans la convention en 1950 et par la volonté de la Cour européenne de prendre en compte les conceptions prévalant dans les Etats membres.

Dans un arrêt *Marckx c. Belgique* n°6833/74 rendu le 13 juin 1979, un premier pas est fait vers l'élargissement de cette notion de vie familiale qui se poursuivra rapidement pour les couples non mariés (*Abdulaziz et autres c. Royaume*, n°9214/80; 9473/81; 9474/81, 1985 ; et *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, n° 16969/90).

En partant de ce postulat, étendre le champ d'application de la famille ne semble pas déraisonnable et répond aux évolutions de la société. C'est ce que relève Frédéric Sudre dans son ouvrage *Le droit au respect de la vie familiale* au sens de la convention européenne des droits de l'Homme, où il constate que « si la vie familiale désignait la famille dans le texte de 1950, la vie familiale s'est cependant aujourd'hui détachée de la famille dans la Jurisprudence européenne », (éd. Anthémis, 2002, pp. 12 et 13).

La Cour EDH a poursuivi cette voie en étendant ce lien familial « de facto » aux couples homosexuels (*affaire Schalk et Kopf c. Autriche* n°30141/04, 24 juin 2010 : « la notion de famille est étendue aux couples homosexuels (...) ; un enfant issu d'une telle relation s'incère de plein droit dans cette cellule familiale dès sa naissance et par le fait même de celle-ci »).

La vie familiale dans un couple homosexuel ne semble pas contestée, d'autant plus lorsque leur relation est appuyée par des liens juridiques. Savoir si ce lien s'appliquerait également pour un ancien couple homosexuel dans lequel l'une des femmes n'est plus liée par quelque lien juridique avec l'enfant peut interroger.

Néanmoins, dans un objectif de protection et de promotion des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, il apparaît que reconnaître ce lien de facto pour un couple homosexuel est davantage approprié à la situation. Il permet ne pas écarter ce droit à une vie familiale du seul fait de son orientation sexuelle, mais au contraire de le sauvegarder malgré l'absence des liens biologiques et juridiques résultant de cette situation. Pour la Cour européenne, ce sont les liens personnels effectifs qui importent pour caractériser une vie familiale.

La Cour EDH reconnaît ainsi ce droit à une vie de famille, toutefois, elle l'écarte ici au profit de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle se fait garante de ce principe et le fait primer sur tout autre droit (§57 de la présente affaire) alors même qu'il n'est pas mentionné dans la Convention EDH. Cela pourrait interroger, mais si l'on reprend la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, il y est

rappelé : « qu'il faut tenir compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties, en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme ».

Or, l'intérêt supérieur de l'enfant est mentionné dans un certain nombre de textes internationaux et consacré notamment dans la Convention de New York de 1989 relative aux droits de l'enfant.

La Cour européenne, se fondant sur la Convention de Vienne et sur sa jurisprudence antérieure (notamment l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n°41615/07, 6 juillet 2010), vise ainsi à satisfaire les règles de droit international et en particulier celles relatives à la protection des droits de l'Homme.

Dans la décision *Honner c/ France*, la Cour européenne se permet donc d'écarter un droit dont un requérant pourrait légitimement se prévaloir au profit de l'intérêt supérieur de l'enfant qui revêt une importance primordiale. Cette vision qu'a la Cour EDH de la primauté de l'intérêt de l'enfant semble faire l'objet d'un consensus, y compris en droit international.

Par conséquent, malgré la consécration de ce droit à la vie familiale, le juge de Strasbourg reprend donc ses constatations passées. Il s'adjuge la possibilité d'écarter ce droit dès lors que le maintenir aurait pour principal effet de nuire à l'enfant.

On note ainsi la consécration de ce signal fort en faveur de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant qui se doit de primer sur les droits et désirs de l'adulte.

Léo Bienfait



Point de vue

Éline Gérard

« Continuité de la justice en temps de Covid-19 : tentative de conciliation entre procédure civile sans audience et droit à un procès équitable »

Affaire : Cons. Const., décision 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, Société Getzner France

I. - Textes

- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, article 6
- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article 16
- Constitution du 4 octobre 1958, préambule et article 55
- Ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020, article 8

II. - Contexte

Dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19, la loi n°2020-290 du 23 mars 2020, entrée en vigueur immédiatement, a instauré en France un état d'urgence sanitaire pour deux mois. Cette loi habilitait notamment le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures nécessaires afin de limiter la propagation du virus, conformément à l'article 38 de la Constitution de 1958. À cette fin, l'article 8 de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 prévoit la possibilité que les procédures non pénales dans lesquelles les parties sont représentées par un avocat puissent se dérouler sans audience à la demande d'une partie ou sur décision du juge. Un délai de 15 jours est laissé aux parties pour s'opposer à la procédure sans audience, mais il ne s'applique pas aux procédures en référé, entre autres.

La question prioritaire de constitutionnalité (ci-après « QPC ») adressée au Conseil Constitutionnel en l'espèce, provient d'un litige de concurrence déloyale et de parasitisme entre plusieurs sociétés. Le juge des référés du tribunal de commerce de Saint-Nazaire, par ordonnance du 6 mai 2020, fait droit aux requêtes de la société Gerb comprenant : une demande d'assignation en référé d'heure à heure de trois sociétés dont la société Getzner France ainsi qu'une demande de recours à la nouvelle procédure sans audience. Posée par l'avocat de la société Getzner, la Cour de Cassation a transmis, dans son arrêt du 24 septembre 2020 (19-40.056), la question suivante au Conseil Constitutionnel : « L'article 8, alinéa

1, de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 est-il conforme à la Constitution au regard du préambule de la Constitution, et particulièrement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de l'article 55 de la Constitution éclairé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? ».

III. - Analyse

La société requérante invoque que les dispositions contestées permettent « au juge (...) d'imposer aux parties une procédure sans audience » (consid. 3), méconnaissant ainsi le droit à un procès équitable consacré par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (ci-après « DDHC ») et par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après « CEDH »). Le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature voient ces dispositions comme contraires aux droits de la défense et au droit à un recours juridictionnel effectif puisque les procédures d'urgence visées peuvent aboutir à des décisions au fond. L'ordre des avocats au barreau de Paris ajoute que ces mesures sont disproportionnées par rapport à l'objectif de lutte contre l'épidémie de Covid-19 et qu'elles constituent une rupture d'égalité entre les parties due à l'impossibilité pour l'adversaire de s'opposer à cette décision. Enfin, l'ordre des avocats présente au Conseil un « principe de présence » à reconnaître qui garantirait la présence physique du justiciable devant le juge.

Le Conseil Constitutionnel ne reconnaît pas ce principe dans sa décision 2020-866 QPC du 19 novembre 2020 et conclut à la conformité de l'article 8 de l'ordonnance n°2020-304 à la Constitution. En effet, concernant l'atteinte alléguée aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, le Conseil précise que ces dispositions répondent à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et au principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice. De plus, les dispositions contestées ne s'appliquant que pour une durée limitée (un mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire), qu'à des instances où les parties sont représentées par des avocats et qu'il ne s'agit que d'une possibilité pour le juge, les droits de la défense, le droit à un procès équitable et l'égalité des parties restent garantis. Le Conseil refuse en outre de vérifier la conformité d'une disposition législative aux accords internationaux de la France, en l'espèce l'article 6 CEDH en application de sa jurisprudence constante (décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975).

IV. - Portée

Tout d'abord, cette décision du Conseil est importante puisqu'il accepte de vérifier des dispositions issues d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution non ratifiée, à condition que : le délai d'habilitation soit terminé et que les dispositions relèvent matériellement du domaine de la loi (consid. 9-11). En l'espèce, l'article 8 contesté établit des « règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (consid. 10) relevant dès lors du

domaine législatif. Ce revirement de jurisprudence amorcé par la décision n°2020-843 QPC du 28 mai 2020 n'a pourtant rien d'évident : jusqu'alors les ordonnances de l'article 38 non ratifiées étaient considérées comme caduques. Les considérer dorénavant comme des dispositions législatives est un grand pas qui n'a pas été suivi dans un premier temps par le Conseil d'État (ci-après « CE ») (CE, 1er juillet 2020, Conseil national de l'ordre des architectes, 429132). Si la décision n°2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020 a fini par convaincre le CE (CE, 28 septembre 2020, 441059, consid. 6), le Conseil Constitutionnel a sans doute vu dans la décision analysée l'opportunité d'assoir encore cette nouvelle jurisprudence.

Ce dernier semble aller au bout du raisonnement en laissant la porte ouverte à un contrôle a priori de ces dispositions législatives (consid. 8). Dans le cas où une loi nouvelle modifierait des dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée, ce nouveau texte législatif pourrait être examiné par le Conseil en vertu de sa jurisprudence ancienne (décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985). Cette évolution est d'autant plus souhaitable dans le contexte sanitaire actuel, où le gouvernement n'hésite pas à procéder largement par ordonnances, sans nécessairement prendre le temps de les faire ratifier.

De plus, si la décision du Conseil semble logique au vu de la nécessaire célérité des procédures dites d'urgence ainsi que de la continuité du fonctionnement de la justice (consid. 17), des interrogations sur la proportionnalité des mesures subsistent.

Suite à l'apparition des procédures sans audience dans le droit commun par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, l'ajout du principe de publicité et d'oralité des débats au bloc de constitutionnalité dans la décision n°2019-778 DC du 21 mars 2019 (consid. 102) était venu renforcer le droit à un procès équitable, protégé par l'article 16 DDHC (décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006). Constatant que « l'organisation d'une audience devant ces juridictions est une garantie légale des exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable » (consid. 14), le Conseil fait pourtant prévaloir le contexte sanitaire particulier. Il considère les garanties légales suffisantes : l'application limitée dans le temps de ces dispositions, le caractère urgent des procédures concernées et le maintien de la procédure contradictoire écrite avec la représentation par avocat. Au contraire, Bruno LASSERRE, vice-président du CE, estime l'oralité comme « la condition de la justesse, de la pertinence et de la praticabilité des décisions rendues par le juge » (B. LASSERRE, Rapport public du CE, 16 avril 2020, p.12). Les garanties semblent, de ce point de vue, bien faibles au regard de la place primordiale de l'oralité des débats en procédure civile permettant également aux parties de s'appropriier le procès.

Enfin, l'absence d'un droit d'opposition des parties, l'absence de motivation de la décision et l'absence d'un recours dans les procédures d'urgence permettent de douter qu'il ne s'agit pas d'« un pouvoir discrétionnaire » (consid. 21) du juge. Il faut souligner qu'au civil « le procès doit avant tout rester la chose des parties » (E. BROCHIER et M. BROCHIER, « Attention à la suppression des audiences », Recueil

Dalloz, 2020, p.1119). La décision du Conseil est d'autant plus indulgente que suite au nouvel état d'urgence sanitaire (décret n°2020-1257 du 14 octobre 2020 et loi n°2020-1379), l'article 6 de l'ordonnance n°2020-1400 du 18 novembre 2020 admet un délai d'opposition dans les procédures d'urgence et la possibilité pour une partie de demander la tenue d'une audience. Le gouvernement a finalement réduit le champ des procédures sans audience. Le Conseil Constitutionnel a-t-il été trop souple dans son contrôle ?

Éline Gérard



Point de vue

Mégane Porquet

« L'absence de recours devant le juge judiciaire permettant d'obtenir qu'il soit mis fin à des conditions de détention provisoire portant atteinte à la dignité est contraire à la Constitution »

Affaire : Décision du Conseil constitutionnel 2020/858-859 QPC du 2 octobre 2020, Geoffrey F* et autres

I. - Textes

- Code de procédure pénale : arts 137-3; 144; 144-1 al 2; 147-1; 148
- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyens : arts 9; 16
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946
- Code de justice administrative : arts L521-2; L521-3

II. - Contexte

S'il y a bien un endroit où la dignité de la personne humaine est susceptible d'être malmenée, c'est bien dans le milieu pénitentiaire. En effet, le milieu carcéral est tristement réputé pour le non respect des conditions de détention des individus, notamment en raison de la surpopulation carcérale. La décision du Conseil Constitutionnel (ci-après C.Constit) s'inscrit dans le contexte d'une contestation récurrente des conditions de détention, tant devant le juge administratif en référé (V. en dernier lieu CE 19 oct. 2020, n°439372) que devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) (V. en particulier Cour EDH, JMB et autres c. France, n° requête 9671/15 du 30 janvier 2020).

En l'espèce, la question prioritaire de constitutionnalité était ainsi rédigée : « Les dispositions des articles 137-3, 144 et 144-1 du code de procédure pénale, en ce qu'elles ne prévoient pas, contrairement à la recommandation faite par la Cour européenne des droits de l'homme à la France dans son arrêt du 30 janvier 2020, que le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention puisse, de manière effective, redresser la situation dont sont victimes les détenus dont les conditions d'incarcération constituent un traitement inhumain et dégradant afin d'empêcher la continuation de la violation alléguée devant lui, portent-elles atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, au principe constitutionnel nouveau qui en découle d'interdiction

des traitements inhumains et dégradants ainsi qu'à la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée, le droit au recours effectif ? ». La chambre criminelle, dans un arrêt du 8 juillet 2020 (Cass. Crim. n° 20-81.739, 8 juillet 2020) a jugé cette question suffisamment sérieuse pour être renvoyée au C.Constit, qui a ainsi été amené à se prononcer sur la constitutionnalité du second alinéa de l'article 144-1 du code de procédure pénale (ci-après CPP), au regard des recours juridiques offerts à un détenu subissant des conditions indignes de détention.

III. - Analyse

Les requérants reprochaient au législateur de ne pas avoir imposé au juge judiciaire de faire cesser des conditions de détention provisoire contraires à la dignité de la personne humaine. Ce dernier aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans une mesure affectant le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, celui de prohibition des traitements inhumains et dégradants, la liberté individuelle, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la vie privée. Les requérants dénoncent également, pour les mêmes motifs, la méconnaissance directe, par les dispositions renvoyées, des mêmes exigences constitutionnelles.

Les neuf Sages rappellent qu'en vertu du préambule de la Constitution de 1946, la dignité de la personne humaine est un principe à valeur constitutionnelle (décision n° 94-343/344, 27 juillet 1994) et qu'elle s'oppose à toute forme de dégradation ou d'asservissement. Le C.Constit. se fonde également sur les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (ci-après DDHC), qui posent respectivement la présomption d'innocence et la garantie des droits, qui inclut le droit au recours. Le C.Constit déduit de ces textes, dans le point 14 de sa décision, des exigences pesant tant sur les autorités judiciaires et administratives que sur le législateur. Quant aux premières, il leur appartient de veiller à ce que la privation de liberté des personnes placées en détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne, ainsi que de prévenir et de réprimer les agissements y portant atteinte et d'ordonner la réparation des préjudices subis. Quant au législateur, il lui incombe de garantir aux personnes placées en détention provisoire la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine, afin qu'il y soit mis fin.

Le C.Constit rappelle que des recours existent à la fois devant le juge administratif et devant le juge judiciaire, cependant il considère que ces recours ne suffisent pas pour mettre fin aux conditions indignes de détention. En effet, la possibilité de saisir le juge administratif en référé sur le fondement des articles L. 521-2 ou L. 521-3 du code de justice administrative ne garantit pas pour autant que le juge puisse mettre fin aux conditions indignes de détention, tout dépend des moyens de l'administration. Quant au recours devant le juge judiciaire, le C.Constit constate d'abord que la rédaction actuelle du CPP permet d'offrir des recours à la personne placée en détention provisoire. En effet, selon l'article 148

du CPP, un détenu peut faire une demande de remise en liberté à tout moment, mais le juge ne sera tenu d'y répondre que dans les cas de l'article 144-1 du CPP. Le C.Constit déplore la rédaction actuelle de cet article, puisqu'en effet ces éventuels recours sont ouverts seulement lorsque le délai de détention excède une durée raisonnable ou bien lorsque la raison de la détention ne se justifie plus. Or, les conditions de détention indignes n'en font pas partie, donc rien ne garantit un recours effectif devant un juge pour que des conditions indignes de détention cessent. De plus, sous l'angle plus précis des conditions de détention, le C.Constit rappelle dans son point 16 que l'article 147-1 du CPP autorise la libération du détenu seulement dans le cas où l'état de santé physique ou mental d'un individu n'est plus compatible avec le régime de la détention provisoire et ce après expertise médicale. Pour les membres du C.Constit, ces recours sont insuffisants. L'article 144-1 al 2 du CPP est donc contraire à la Constitution, ce qui impose au législateur de revoir sa rédaction pour le 1er mars 2021, étant donné qu'une abrogation immédiate des dispositions déclarées contraires à la Constitution ferait obstacle à la remise en liberté des personnes placées en détention provisoire lorsque cette dernière n'est plus justifiée ou excède un délai raisonnable et donc entraînerait des conséquences manifestement excessives.

IV. - Portée

Le C.Constit, en censurant l'art. 144-1 du CPP, demande au législateur de prévoir, d'ici le 1^{er} mars 2021, un recours permettant de mettre fin, de façon effective, à une détention provisoire en raison des conditions indignes de la privation de liberté. Pour ce faire, le législateur devra insérer un nouveau cas supplémentaire, dans le CPP, permettant de saisir le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention en raison de conditions de détention portant atteinte à la dignité, ce qui devra être apprécié in concreto, qui s'ajoutera aux cas déjà prévus par le CPP, mentionnés précédemment.

Cette décision s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour EDH et notamment l'arrêt JMB et autres c. France du 30 janvier 2020 (requête n° 9671/15) par lequel la Cour EDH constate une violation par la France de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CESDH) en raison de conditions de détention inhumaines et dégradantes sous l'angle de la surpopulation carcérale, tout en constatant l'ineffectivité des voies de recours offertes aux personnes détenues.

Le C.Constit considère qu'il lui revient de se prononcer sur les dispositions contestées indépendamment de l'interprétation opérée par la Cour de cassation dans ses arrêts de renvoi, pour les rendre compatibles avec les exigences découlant de la CESDH et de la jurisprudence de la cour EDH. Il est logique que le C.Constit raisonne ainsi et ce notamment au regard de l'obligation qu'a le droit français de se mettre en conformité avec le droit européen.

Cette décision du 2 octobre 2020, vient apporter un éclairage plus qu'essentiel dans la lutte contre la surpopulation carcérale et les conditions indignes de détention en prison. En revanche, on pourrait s'interroger sur la portée de la décision sur les conditions indignes d'incarcération pour les condamnés, c'est-à-dire au-delà de la détention provisoire. Le C.Constit est muet sur ce point car la question ne lui est pas posée mais elle se pose réellement et ce de manière assez récurrente ces dernières années.

Mégane Porquet



Point de vue

Yvan Petit

« La Cour européenne précise la facette indemnitaire du contentieux relatif aux conditions de détention contraires à la dignité humaine »

Affaire : Cour EDH, 19 novembre 2020, Barbotin c. France, 25338/16

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'homme : articles 3 et 13
- Code de justice administrative : articles R531-1 et R761-1
- Code de procédure pénale : articles D.189, D.349, D.350, D351

II. - Contexte

Cet arrêt s'inscrit dans un contexte dans lequel la France est constamment rappelée à l'ordre par les juridictions, tant au niveau interne (Conseil d'État, 19 oct. 2020, n° requête 439372, Cour de cassation, 8 juill. 2020, n°20-81.739) qu'europpéen (Cour européenne des droits de l'homme, 30 janv. 2020, J.M.B et autres c. France, n°9671/15), en raison des conditions de détention contraires à la dignité humaine. Si la jurisprudence relative à ce contentieux est abondante, cet arrêt s'en détache en ce qu'il ne porte pas seulement sur les conditions de détention indignes, mais surtout sur la question de l'indemnisation du détenu du fait de ces conditions de détention.

Le requérant, M. Barbotin, a fait l'objet de 4 mois d'incarcération dans des conditions qui seraient constitutives de traitements inhumains et dégradants, méconnaissant les articles D.189, D.349, D.350, D351 du Code de procédure pénale.

Sur le fondement de l'article R531-1 du Code de justice administrative (ci-après CJA), il demande au juge des référés la désignation d'un expert pour constater l'état des cellules qu'il a occupées. Le juge des référés fait droit à sa demande (ordonnance du 16 juin 2010). L'expert rend son rapport le 4 août 2010, qui fait état d'une cellule en « mauvais état et vétuste, mal éclairée et avec un volume d'air insuffisant pour cinq adultes » (§8). L'expertise sera chiffrée plus tard par le tribunal administratif (ci-après TA) à 773,57 EUR (ordonnance du 6 septembre 2010).

La Cour administrative d'appel de Nantes, le 27 janvier 2011, sur le fondement de l'article R761-1 du CJA met cette somme à la charge du requérant au motif que l'expertise n'était pas utile car les conditions de détention à la maison d'arrêt de Caen avaient déjà fait l'objet d'un rapport d'expertise antérieur. Le pourvoi du requérant contre cet arrêt est rejeté par le Conseil d'État (ci-après CE).

M. Barbotin engage ensuite une action en responsabilité de l'État du fait de ses conditions de détention, qui aboutira au constat de conditions indignes de détention et l'octroi de 500 EUR de dommages et intérêts (TA de Caen, 28 mai 2013).

M. Barbotin conteste la mise à sa charge des frais d'expertise et la modicité du montant alloué. Un second pourvoi est alors formé par le requérant devant le CE qui le rejette au motif qu'il n'est pas compétent pour apprécier les faits et donc ne peut se prononcer sur le montant de la somme octroyée (§17). Il rappelle aussi que les juges du fond ont correctement appliqué l'article R761-1 du CJA concernant l'attribution des frais d'expertise au requérant (CE, 2 décembre 2015).

III. - Analyse

M. Barbotin introduit sa requête devant la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) le 2 mai 2016. Il allègue une violation de l'article 13 combiné à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) en raison de l'insuffisance de la somme reçue en indemnisation ainsi que la mise à sa charge des frais d'expertise, ce qui constituerait une violation du droit à un recours effectif.

La Cour commence par constater que les juridictions françaises ont apprécié les conditions matérielles de la détention du requérant conformément à ses standards (§52 et §53 et notamment, CEDH, 20 octobre 2016, Muršić c/ Croatie, nos 7334/13). Ainsi, la question de la violation de l'article 3 de la CEDH est close, mais la question de l'indemnisation du fait de cette détention reste pendante. La Cour reconnaît que le recours indemnitaire ouvert devant le juge administratif français à raison des conditions de détention indignes répond aux conditions du recours effectif au sens de l'article 13 de la CEDH. La Cour qualifie cette voie de recours comme étant disponible, adéquate et présentant des perspectives raisonnables de succès (§50). Cependant, l'exigence d'un recours effectif repose aussi sur l'octroi d'une satisfaction adéquate au requérant (Cour EDH, 27 janvier 2015, Neshkov et autres c. Bulgarie, nos 36925/10 et Cour EDH, 17 mars 2020 Shmelev et autres c. Russie, nos 41743/17). Sur ce point, la Cour relève que du fait de la mise à la charge du requérant des frais d'expertise (773 EUR) et de la compensation qui lui a été octroyée (500 EUR), après déduction, M. Barbotin reste débiteur de l'État de 223 EUR, alors même que la responsabilité de l'État est engagée (§56). La Cour souligne l'extrême modicité de cette somme qui demeure inférieure à ce qu'elle aurait pu octroyer dans des circonstances similaires (Cour EDH, 29 janvier 2019, Nikitin et autres c. Estonie nos 23226/16,

environ 3 000 EUR pour quatre mois) et rappelle que les règles en matière de frais de procédure ne doivent pas faire peser sur le détenu un fardeau excessif (§57).

La Cour en déduit que compte tenu de la somme octroyée et du fardeau financier pesant sur le requérant, il y a eu violation du droit à un recours effectif au sens de l'article 13 de la CEDH , combiné à l'article 3 (§ 59).

IV. - Portée

L'arrêt Barbotin s'inscrit dans la continuité de l'arrêt J.M.B (Cour EDH, 30 janv. 2020, J.M.B et autres c. France, n°9671/15) mais va plus loin en matière d'indemnisation.

La Cour reconnaît pour la première fois, que le recours administratif devant le juge des référés prévu par le droit français est un recours effectif (§55), ce qui traduit une évolution positive. Mais dans son application en l'espèce, compte tenu de la modicité de la somme et de la mise à la charge du détenu des frais de procédure, il y a violation des articles 13 et 3 de la Convention. En effet, la seule indemnisation du détenu ne suffit pas à satisfaire l'exigence d'un recours effectif. Elle doit être adéquate, ce qui passe par un examen casuistique de chaque affaire. Concernant les frais de procédure, la Cour précise que les faire peser sur les détenus constitue un fardeau excessif, ce qui ne permet pas d'exercer pleinement le recours indemnitaire.

En droit interne, la jurisprudence du Conseil constitutionnel (ci-après C. Constit.) et de la Cour de cassation (ci-après C. Cass.) relative au contentieux de la détention évolue aussi dans un sens favorable.

Dans un premier temps, la C.Cass. jugeait que des conditions indignes de détention ne constituaient pas un obstacle au placement et au maintien en détention provisoire (Cass. crim. 18 sept. 2019, 19-83.950). Puis qu'elle a estimé que la question des voies de recours en présence de détention portant atteinte à la dignité était suffisamment sérieuse pour être renvoyée au C. Constit. (Cass. crim., 8 juill. 2020, n°20-81.731).

Ainsi saisi, le C. Constit. a abrogé l'art. 144 du code de procédure pénale en raison de l'absence de recours effectif dans cette situation, imposant au législateur de le réécrire en ce sens pour le 1^{er} mars 2021 (C. Constit., 2020/858-859 QPC, 2 oct 2020, Geoffrey F* et autres).

Enfin, tenant compte de cette décision, la dernière jurisprudence de la chambre criminelle précise que « lorsque la description faite par le demandeur de ses conditions personnelles de détention est suffisamment crédible, précise et actuelle, de sorte qu'elle constitue un commencement de preuve de leur caractère indigne, la juridiction est tenue de faire procéder à des vérifications complémentaires afin d'en apprécier la réalité » (Cass. crim. 21 oct 2020, 20-83.698).

Ainsi, il pourra être mis fin au placement et au maintien en détention provisoire, s'il est assorti de conditions de détention indignes.

Mais un problème subsiste. Comme l'écrit l'un des juges de la Cour EDH : « la perspective d'une indemnisation future ne doit pas servir à légitimer des souffrances graves contraires aux droits fondamentaux consacrés par l'article 3 de la Convention ». Cet arrêt marque donc une évolution mais des contournements sont à prévoir, si ce n'est à anticiper.

Yvan Petit



Point de vue

Juliette Rattier

« L'octroi du statut du lanceur d'alerte conditionné à la qualification pénale des faits dénoncés, une restriction à la liberté d'expression des salariés »

Affaire : Cass. Soc., 4 novembre 2020, Eurodécision, 18-15.669

I. - Textes

- Code du travail : art. L1132-3-3, L1132-4 et L1121-1
- Convention Européenne des Droits de l'Homme : art. 10
- Loi Sapin II du 9 décembre 2016 : art. 8

II. - Contexte

L'article L.1132-3-3 du code du travail introduit par la loi du 6 décembre 2013 dispose qu'aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire « pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». L'article L.1132-4 précise que tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance de cet article est sanctionné par la nullité.

Ainsi, un salarié bénéficierait d'une protection sous réserve que les faits soient constitutifs de crimes ou de délits.

M.W, consultant sénior pour la société Eurodécision s'est vu confier une mission auprès de Technocentre Renault. À la suite d'un envoi de courriels aux syndicats de l'entreprise par l'intermédiaire de la messagerie électronique professionnelle, M. W fut convoqué par son employeur à un entretien en vue d'un potentiel licenciement. Entretien que M. W enregistre et diffuse sur la plateforme Youtube afin de dénoncer les propos antisyndicaux de l'employeur. Le 24 mars M. W est licencié pour manquement à ses obligations de loyauté et de bonne foi.

M. W saisit le juge des référés afin de demander la nullité de son licenciement pour violation du statut protecteur des lanceurs d'alerte. La Cour d'Appel de Versailles statuant en référé rend un arrêt le 27 février 2018 dans lequel elle prononce la nullité du licenciement pour atteinte à la liberté d'expression, plus précisément à son droit d'informer et de communiquer avec les organisations syndicales et condamne l'employeur au paiement de diverses sommes.

L'employeur forme alors un pourvoi en cassation, et par un arrêt du 4 novembre 2020 la chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Versailles.

III. - Analyse

La Cour d'Appel de Versailles motive sa décision sur les atteintes au droit à la libre communication entre les salariés et les organisations syndicales, à la liberté syndicale «qui dérive du droit fondamental à la liberté d'expression », et à la liberté d'expression plus généralement.

En effet, l'article L1121-1 du code du travail dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Mais cette appréciation n'est pas reprise par la Cour de cassation qui conclut à une violation de l'article L1132-3-3 du code du travail au seul motif que les juges du fond n'ont pas constaté si les faits dénoncés par M. W pouvaient être qualifiés de crime ou délit, condition nécessaire à l'octroi de la protection des lanceurs d'alerte. La cour de cassation refuse ainsi d'étendre le statut du lanceur d'alerte dès lors que les conditions de l'art. L 1132-3-3 du code du travail ne sont pas toutes réunies.

IV. - Portée

L'arrêt de la Haute Cour s'inscrit dans sa jurisprudence antérieure concernant l'octroi du statut du lanceur d'alerte en exigeant la dénonciation de faits susceptibles de constituer une infraction pénale. Mais elle semble malgré tout plus en recul car elle avait considéré antérieurement que le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale ne constitue pas une faute (Cass. soc. 30 juin 2016, n°15-10.557).

De plus, la Cour de Cassation ne reprend pas les autres conditions qu'elle a eu l'occasion de préciser au fil de sa jurisprudence, c'est le cas de la nécessité d'une dénonciation du salarié de bonne foi et d'une absence d'abus dans ses propos (Cass. soc., 8 juill. 2020, n°18-13.593). Ainsi la Cour de Cassation semble moins protectrice du lanceur d'alerte.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion dans son arrêt de Grande Chambre Guja c. Moldova, 12 février 2008, n°14277/04 de consacrer la nécessité d'une protection du lanceur d'alerte sur le fondement de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Fondement repris par la Haute Cour afin de prononcer la nullité du licenciement pour violation de la liberté d'expression du salarié au sein de l'entreprise (Cass. soc., 30 juin 2016, n°15-10.557).

Enfin, le statut du lanceur d'alerte fut précisé par la Loi Sapin II du 9 décembre 2016 qui exige un lancement « progressif » de l'alerte. Le salarié doit en premier lieu alerter son supérieur hiérarchique et c'est uniquement en cas d'échec et en dernier ressort que l'alerte pourra être rendue publiquement (art. 8 de la loi), critère conforme à la jurisprudence de la Cour EDH (21 juill. 2011, n°28274/08, *Heinisch c. Allemagne*). En l'espèce *M. W* n'a pas respecté cette exigence ce que la Haute Cour ne relève pas. On peut ainsi en déduire que même si les faits dénoncés avaient été qualifiés pénalement, *M. W* n'aurait pas pu bénéficier du statut du lanceur d'alerte.

Pour conclure, comme le souligne le professeur Daniel Lochak dans la *Revue des Droits de l'Homme* de 2016 « les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme », « En la personne du lanceur d'alerte, on protège une série de droits fondamentaux : la liberté de conscience (...) mais en tout état de cause la liberté d'expression et le droit symétrique qu'est le droit à l'information ».

Juliette Rattier



Point de vue

Marie Tsagouria

« La dématérialisation de la procédure pénale censurée même dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire »

Affaire : Conseil constitutionnel, décision 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, Krzystof B.

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'Homme, art. 5 et 6
- Code de procédure pénale, art. 706-71
- Ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, art. 5
- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, art. 16

II. - Contexte

À l'occasion de l'épidémie de covid-19, la question de l'équilibre entre continuité du fonctionnement de la justice et l'impératif sanitaire s'est posée. Dans ce cadre, l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 a adapté les règles de procédure pénale à la situation d'état d'urgence sanitaire (instauré par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020). L'article 5 de cette ordonnance dérogeait à l'article 706-71 du Code de procédure pénale (ci-après C. proc. pén.) et permettait notamment au juge de recourir « à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, autres que les juridictions criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties » tout en « veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats ». L'impératif sanitaire imposait au mis en cause une audience dématérialisée par le biais d'une visioconférence ou par tout autre moyen de communication, y compris par téléphone en cas d'impossibilité technique.

Le 13 octobre 2020, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel (ci-après Conseil constit.) une des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), posée par le requérant à l'occasion d'une contestation de l'arrêt de la chambre de l'instruction ordonnant la prolongation de sa détention provisoire par le biais d'un moyen de télécommunication audiovisuelle.

III. - Analyse

La QPC fut posée en ces termes : « L'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 méconnaît-il l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui garantit les droits de la défense, en ce qu'il prive, même passé un délai d'un an, la personne placée en détention provisoire de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur cette détention ? ».

Dans ce présent arrêt, le juge constitutionnel va donner raison au requérant et considérer le 1er alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 contraire à la constitution. Certes les dispositions contestées participent à la bonne administration de la justice en ce qu'elles « visent à favoriser la continuité de l'activité des juridictions pénales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 » (§7) et répondent ainsi à « l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé » (11^e alinéa du préambule de 1946 et décision n°90-283 DC du 8 janv. 1991) et « au principe de continuité du fonctionnement de la justice » (déc. n°79-105 DC du 25 juill. 1979).

Malgré ces justifications, le Conseil constit. juge que ces dispositions portent une atteinte excessive aux droits de la défense (art. 16 de la Déclaration des droits de l'Homme) « que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 » (§10). Elles permettent d'imposer le recours à ce moyen de télécommunication audiovisuelle « dans un grand nombre de cas » (§8) où « l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale » (§10) est pourtant fondamentale. En effet, ce dispositif, applicable sur décision discrétionnaire du juge, s'applique à des procédures pouvant entraîner une privation de liberté, notamment aux contentieux en matière correctionnelle et de détention provisoire (§8). Il est donc indispensable de permettre à la partie et à son avocat de plaider sa cause afin d'assurer une réelle appréciation de la situation d'espèce par le juge. Le Conseil constit. attache donc une importance particulière au respect des droits de la défense et du procès équitable même dans des procédures dérogatoires adoptées en raison de la crise sanitaire. De plus, l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit d'autres mesures dérogatoires mieux adaptées au respect des normes sanitaires et des droits de la défense (cf. la possibilité de restreindre la publicité de l'audience, de modifier la composition ou la compétence territoriale du tribunal).

IV. - Portée

Cette affaire renvoie à la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel, déjà réticente à l'utilisation des moyens de télécommunication en procédure pénale (décisions n°2019-802 QPC du 20 sept. 2020, n°2020-836 QPC du 30 avril 2020 et n°2019-778 DC du 21 mars 2019) : il a censuré les dispositions de l'article 706-71 du C. proc. pén. autorisant l'usage de ce dispositif pour les audiences de la chambre de l'instruction relatives au contentieux de la

détention provisoire, ainsi que l'absence de l'accord de l'intéressé pour y recourir lors de la prolongation d'une détention provisoire. En comparaison, la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) a jugé que « la participation de l'accusé aux débats par visioconférence n'est pas, en soi, contraire à la Convention » (Cour EDH, Marcello Viola c. Italie, n°45106/04, 5 oct. 2006, §67). Il suffit que la mesure soit proportionnée au but poursuivi et que le justiciable puisse suivre la procédure en étant entendu et en ayant la possibilité de communiquer avec son avocat (Cour EDH, Sakhnovski c. Russie, n°21272/03, 2 nov. 2010, §98). Plus protecteur, le Conseil constit. considère la comparution personnelle comme un élément déterminant des droits de la défense.

Dans d'autres contentieux (administratif et droit des étrangers), le Conseil constit. s'assure également de l'accord de l'intéressé (déc. n°2003-484 DC du 20 déc. 2003). Mais il tolère l'absence de cet accord dans des cas où la procédure garantit le respect des droits de la défense et du droit au procès équitable, notamment par l'existence d'aménagements et encadrements spécialement prévu à cet effet (décisions n°2011-631 DC du 9 juin 2011 et n°2018-770 DC du 6 sept. 2018).

En l'espèce, le Conseil constit. rappelle l'importance qu'il attache au droit d'être présenté physiquement devant un juge (§10). Précisément la généralisation de l'usage de la visioconférence permettait l'écoulement d'un délai indéterminé avant que l'individu puisse comparaître personnellement devant le juge et venait ainsi entraver cette garantie constitutionnelle. Aussi, le Conseil souligne l'absence de « condition légale » et d'encadrement subordonnant l'utilisation du dispositif. Les lacunes du texte soumis à son examen portaient donc une atteinte excessive aux droits de la défense (art. 5 de la CEDH) et au procès équitable (art. 6 de la CEDH).

De plus, le Conseil prend note de l'état « des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication » (§10). On peut penser au choix que doit faire l'avocat entre assister son client ou plaider auprès des juridictions mais aussi à la possibilité de mener l'audience par téléphone. Toutefois, le Conseil se réserve une évolution dans les cas où ces conditions seront plus performantes.

Enfin, l'ordonnance de mars n'étant plus en vigueur depuis le 10 juillet 2020, la déclaration d'inconstitutionnalité est d'effet immédiat (§10-13) mais elle n'est pas dénuée d'intérêt. L'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 n°2020-1400 (loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020 prolongeant l'état d'urgence) étend ce dispositif à tous les stades de la procédure sans l'accord des parties. Son caractère général ne laisse pas douter de son inconstitutionnalité. D'ailleurs, le juge des référés du Conseil d'État (ci-après CE) a censuré cette disposition car elle s'appliquait aux juridictions criminelles, au motif que « durant le réquisitoire et les plaidoiries, la présence physique des parties civiles et de l'accusé est essentielle, et plus particulièrement encore lorsque l'accusé prend la parole en dernier, avant la clôture des débats » (CE, ordonnance n° 439558

du 27 novembre 2020). Rappelant la position du Conseil constit. s'agissant du contentieux de la détention provisoire, il recommande de veiller à ce que le détenu soit présenté physiquement devant la chambre d'instruction « avec une périodicité raisonnable ».

En définitive, cette affaire s'inscrit dans l'actualité des projets de réforme du gouvernement tendant à généraliser la dématérialisation des procédures pénales. Désormais ces derniers devront respecter cette garantie constitutionnelle tenant à la présentation physique du mis en cause à un juge et l'exigence d'un encadrement strict l'accompagnant.

Marie Tsagouria



Point de vue

Fiona Recrosio

« L'arrêt Médiapart c. France : les règles du jeu d'un journalisme responsable »

Affaire : Cour EDH, 14 janvier 2021, Médiapart c. France, 281/15 et 34445/15

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'Homme : article 8 et article 10

II. - Contexte

Cet arrêt est le dernier rendu concernant la célèbre affaire Bettencourt qui a bercé l'actualité française pendant plusieurs années. À son origine : des enregistrements clandestins réalisés par le majordome de Mme Bettencourt mettant en lumière des scandales politico-financier. En 2010, le site Médiapart publie certains de ces enregistrements accompagnés de nombreux articles à titres racoleurs. Plusieurs actions sont menées à l'encontre de la société, du directeur E. Plenel et du journaliste F. Arfi (ci-après les requérants), d'une part par Mme Bettencourt et d'autre part par Patrice de Maistre, chargé de la gestion de la fortune de celle-ci. Tous deux souhaitent obtenir le retrait et l'interdiction pour le journal de publier lesdits enregistrements en raison d'une atteinte à leur vie privée au titre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après Conv EDH).

La justice a d'abord rejeté les prétentions de Mme Bettencourt et de Patrice de Maistre en raison de l'existence d'un intérêt public, avant de finalement répondre de manière définitive à leur demande en 2014 pour les faits concernant ce dernier et en 2015 pour ceux relatifs à Mme Bettencourt. La cour de Cassation va en effet ordonner le retrait et l'injonction de ne pas publier ces enregistrements au visa de l'article 10§2 de la Conv EDH parce qu'elle considère que « l'exigence de l'information du public dans une société démocratique », lorsqu'elle est réalisée en conciliation avec le principe de secret des sources, « ne peut légitimer la diffusion (...) d'enregistrements » obtenus en violation d'un droit. Autrement dit, la société Médiapart pouvait publier de tels articles même s'ils reposaient sur une source frauduleuse, mais ne pouvait diffuser les enregistrements clandestins.

III. - Analyse

Les requérants introduisent leur requêtes devant la Cour européenne des droits de l'Homme (ci- après Cour EDH) en alléguant que l'injonction qui leur ait faite constitue une atteinte à l'article 10 de la Conv EDH. Ils reprochent également au juge des référés, en principe juge de l'urgence et du provisoire, d'avoir ordonné une sanction grave et disproportionnée en prévoyant une mesure générale et illimitée dans le temps. Á titre subsidiaire, ils allèguent également que leur relaxe dans le cadre d'une procédure pénale atteste qu'ils avaient agi en leur bon droit sans nuire à la vie privée de Mme Bettencourt et de Patrice de Maistre et qu'enfin l'information contenue dans les enregistrements était sans aucun doute une question d'intérêt général.

Le gouvernement quant à lui, après avoir rappelé que l'ingérence était prévue par la loi et bien menée dans un but légitime, affirme qu'elle était nécessaire dans une société démocratique au regard des critères posés par la Cour dans son arrêt Cour EDH, GC, 10 nov. 2015 Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France, 40454/07 : existence d'un intérêt général, notoriété et objet du reportage, comportement antérieur de la personne, mode d'obtention et véracité des propos, contenu, forme et répercussions et sanction prononcée. Il fait valoir que ni Patrice de Maistre, ni Mme Bettencourt, n'exercent de fonction officielle, ce qui leur permet d'avoir une espérance légitime de protection de la vie privée. Enfin, le gouvernement considère qu'il ne fait aucun doute que l'atteinte à la vie privée des intéressés est d'autant plus importante en raison de l'ampleur médiatique qu'a pris cette affaire.

La cour EDH rend son arrêt le 14 janvier 2021. Elle rappelle sa jurisprudence Cour EDH, GC, 20 oct 2015 Pentikäinen c. Finlande, 11882/10 selon laquelle les journalistes ont des devoirs et des responsabilités (article 10§2) imposant notamment le respect du droit pénal. Ils ne disposent donc pas d'une immunité y compris lorsque l'infraction a été commise dans le cadre de leurs fonctions. Cette question a d'ailleurs été également tranchée en droit français par le Conseil Constitutionnel dans une décision CC, DC 2016-738, 10 nov. 2016 où celui-ci censure les dispositions relatives à une quelconque immunité pénale pour les journalistes. Par ailleurs, s'agissant du statut de Mme Bettencourt, les juges ont eux aussi considéré qu'elle pouvait espérer une protection de sa vie privée, mais ne contestent pas pour autant l'existence d'un intérêt général. La Cour EDH estime cependant que l'information du public était possible sans pour autant aller jusqu'à la divulgation des enregistrements litigieux. C'est pourquoi, la Cour juge que leur retrait et l'interdiction de les publier n'est pas une atteinte à la liberté d'expression du journal, mais bien la seule mesure possible pour protéger la vie privée des intéressés.

IV. - Portée

Si cet arrêt a pu être considéré par la société Médiapart comme une véritable censure, il n'en est rien en réalité. Effectivement, la Cour vient seulement poser

les règles du journalisme responsable en faisant une synthèse de toute la jurisprudence abondante qu'elle a rendue sur le sujet (§75).

Alors que dans un premier temps, son raisonnement porte sur l'existence d'une ingérence, elle arrive très vite à reconnaître la grande portée médiatique du site internet et l'atteinte à la vie privée qui en a suivie. La Cour en profite pour rappeler que l'article 10 n'offre une protection aux journalistes qu'à la condition qu'ils aient agi de bonne foi (§77) c'est-à-dire lorsqu'ils effectuent un journalisme responsable respectant les devoirs et les responsabilités qui leur incombent en raison de leur rôle de « chien de garde » (notion introduite par l'arrêt Cour EDH, GC, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume Uni*, 17488/90). Ainsi, comme elle le pose dans son arrêt Cour EDH, 21 sept. 2006 *Monnat c. Suisse*, 73604/01, elle ne garantit pas une liberté d'expression sans aucune restriction y compris dans le cadre d'un débat d'intérêt général. D'ailleurs, les juges de Strasbourg ont déjà jugé dans l'arrêt Cour EDH, 20 mai 1999, *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*, 21980/93 que ces devoirs et responsabilités étaient encore plus importants lorsqu'il y avait un risque de mettre en péril les droits d'autrui comme c'est le cas en l'espèce.

À côté de cette mise en balance traditionnelle entre la vie privée et la liberté d'expression, il est intéressant de noter que la Cour semble poser une règle fondamentale en matière de déontologie du journalisme en reprenant les propos de la Cour de Cassation. Effectivement, dans la mesure où les requérants n'ignoraient pas qu'une telle divulgation était un délit, la Cour précise qu'ils auraient dû agir avec « prudence et précaution » (§86) et que le tri qu'ils avaient effectué pour limiter les informations relatives à la vie privée était insuffisant. Or, si le fait qu'un journaliste ait enfreint la loi doit être pris en compte, ce n'est pas un élément déterminant pour établir s'il a agi de manière responsable. En l'espèce, la simple utilisation des enregistrements clandestins servant de base de données pour la rédaction d'articles n'est pas en tant que telle illégale puisque la Cour a considéré dans l'arrêt Cour EDH, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 931/13 qu'elle pouvait être perçue comme une collecte d'informations essentielles au travail de journalisme. La Cour offre donc aux journalistes la possibilité d'utiliser des pièces obtenues de façon déloyale à la condition qu'ils ne les reproduisent pas tel quel, qu'ils n'y fassent pas mention explicitement et qu'ils ne retranscrivent pas in extenso des extraits. En effet, les articles publiés peuvent être considérés comme l'aboutissement d'un « travail d'investigation et d'analyse couvert par le secret des sources » (§81) qui est la pierre angulaire de la liberté de la presse.

En somme, l'information du public aurait pu être loyale et non censurée si la société Médiapart s'était seulement contenté de reprendre les éléments contenus dans les supports audio sans citer la source frauduleuse. Il s'agit donc là d'un grand pas vers la liberté journalistique !

Fiona Recrosio



Point de vue

Julie Parment

« L'absence de prise en compte du lieu de domicile de la famille du mis en examen pour fixer le lieu d'incarcération ne prive pas pour autant ce dernier du droit de mener une vie familiale normale »

Affaire : Cons. Const., décision n° 2020-874/875/876/877 QPC du 21 janvier 2021, Christophe G.

I. - Textes

- Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire : art 22, art 34, art 35, art 36, art 39, art 40
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : al 10
- Constitution du 4 octobre 1958 : art 34
- Code de procédure pénale : art 144-1, art 145-1, art 145-2, art 714

II. - Contexte

Dans le cadre pénitentiaire, l'enjeu constant est d'articuler la sécurité et la bonne administration de la justice, avec les droits et libertés fondamentaux des détenus, tel que le droit au maintien des liens familiaux, qui s'applique également en prison. La difficulté pour le législateur est de concilier la privation de liberté avec ce droit, notamment à l'égard du mis en examen présumé innocent.

L'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 reconnaît aux détenus des droits, dont l'exercice ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes. Plus spécialement, l'article 35 de cette même loi garantit le droit à une vie familiale par le biais d'un droit de visite accordé aux membres de famille du détenu prévenu au moins trois fois par semaine. Quant au lieu d'incarcération, en principe, pour une personne mise en examen, il est situé à proximité du siège du juge d'instruction, sans tenir compte du lieu de résidence de sa famille. Ainsi, la localisation du domicile familial n'est pas prise en compte pour le choix de lieu d'incarcération, ce qui peut entraver sa mise en œuvre effective si les proches du mis en examen

résident trop loin de la maison d'arrêt.

La présente affaire pointe du doigt le droit de visites des mis en examen durant l'instruction. Le requérant, M. Christophe G, est mis en examen et placé en détention provisoire dans un centre pénitentiaire situé à plusieurs centaines de kilomètres de son domicile. Devant le Conseil Constitutionnel (ci-après C.Constit) il présente quatre questions prioritaires de constitutionnalité (ci-après QPC) renvoyées par la chambre criminelle (Crim, 14 octobre 2014, n°20-84.077, n°20-84.077, n°20-84.082, n°20-84.086). Le C.Constit joint ces QPC et statue par une unique décision.

III. - Analyse

La première QPC importe en l'espèce et invoque la vie familiale. Le C.Constit avait à se prononcer sur la question suivante : « Les dispositions des articles 22 et 35 de la loi n 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution en ce qu'elles méconnaissent, d'une part, la compétence confiée au législateur par l'article 34 de la Constitution et, d'autre part, le droit de mener une vie familiale normale garanti par le préambule de la Constitution de 1946 ? ». Ce qui est précisément en cause dans l'affaire est la seconde phrase de l'article 35 de la loi précitée, à savoir : « Les prévenus peuvent être visités par les membres de leur famille ou d'autres personnes au moins trois fois par semaine ».

Le requérant reproche à ces dispositions de ne pas tenir compte du droit au maintien de ses liens familiaux pour la détermination du lieu d'incarcération d'une personne en détention provisoire pendant l'instruction. Dès lors, elles sont seraient contraires au droit de mener une vie familiale normale (alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946) en ce qu'il se trouve privé de la mise en œuvre du droit de visites, certes consacré, mais inefficace de par le lieu de détention trop éloigné du lieu du domicile familial. De plus, elles seraient entachées d'une incompétence négative affectant ce même droit dans le cadre de son action sur l'article 34 de la Constitution.

La juridiction des neufs Sages rend une décision de conformité. Le C.Constit reconnaît que la loi ne tient pas compte du domicile familial pour déterminer le lieu d'incarcération du mis en examen durant l'instruction (§9). Mais, il estime malgré tout que cette lacune ne prive pas de garanties légales le droit de mener une vie familiale normale (§13). Pour parvenir à cette conclusion, il argumente en trois temps. D'une part, le C.Constit justifie que le lieu d'incarcération soit fixé en fonction du siège du juge d'instruction en raison de la nécessité de l'enquête et de l'accomplissement d'actes impliquant la présence du mis en examen (§10). D'autre part, il rappelle les règles limitant la durée de la détention provisoire (§11). Enfin, il met en avant d'autres garanties qui contribuent à maintenir les liens des personnes détenues avec leur famille et s'adaptent à la problématique de la distance : le droit à une visite trimestrielle dans une unité de vie familiale, un parloir familial, le droit de téléphoner aux membres de sa

famille et de correspondre par écrit (§12). En conséquence s'il y a privation du droit à la vie familiale, cette dernière est limitée à la durée de l'instruction et à relativiser au vu de ces éléments.

IV. - Portée

La jurisprudence traditionnelle du C.Constit est plutôt protectrice du droit à une vie familiale, consacré en outre dans divers textes européens et internationaux (art 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, art 23 du Pacte International des Droits Civils et Politiques). D'ailleurs, le mécanisme du contrôle a posteriori a pu démontrer tous ses bénéfices sur l'ordonnancement juridique et la garantie des droits des détenus en dénonçant diverses inconstitutionnalités de cette loi pénitentiaire. En effet, il a déjà eu l'occasion de déclarer contraire à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen l'absence de voie de recours à l'encontre des décisions refusant l'accès au téléphone à un prévenu ou un permis de visites à une personne non membre de la famille (Déc. n° 2016-543 QPC 24 mai 2016 Section française de l'Observatoire International des Prisons : ci-après OIP). Aussi, il a veillé à la portée du droit de correspondre par écrit avec toute personne de leur choix (Déc. n° 2018-715 QPC 22 juin 2018 Section française de l'OIP). De la même façon, il a réagi sur l'absence de voie de recours permettant de contester l'avis défavorable d'un magistrat quant à un rapprochement familial jusqu'à la comparution d'un prévenu dont l'instruction est achevée (Déc. n° 2018-763 QPC 8 février 2019 Section française de l'OIP).

Malgré tout, la présente affaire s'inscrit dans une logique plus défavorable aux mis en examen. Elle vient faire vent contraire et montre une fermeture du raisonnement, plus en cohésion avec une position ponctuelle, stricte et récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) motivée par l'aspect sécuritaire et la dangerosité du détenu (Cour EDH, n° 48798/14, 11 avril 2019 Guimon contre France). Dès lors, ce dispositif met la bonne administration de la justice et la sécurité sur un piédestal, au détriment du droit de visites.

Cette décision ne s'attache pas aux situations factuelles : ceci est propre à l'office de « juge de la norme » du C.Constit. Le raisonnement est très formaliste sur l'évocation des règles de droit en matière de durée de l'instruction et opte pour des considérations simplificatrices et utilitaires de bon fonctionnement de l'instruction. Cela est peu protecteur et réducteur. Le C.Constit souligne la variabilité de l'effectivité de ce droit de visite. Mais il se borne à évoquer les autres dispositions permettant de garantir un lien familial qui peuvent compenser le manque d'effectivité de ces visites : sur ce point il fait écho aux « moyens de compenser la rareté des visites » devant être proposés selon les recommandations minimales du Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté, 4 juin 2020 (7.). Dès lors, le C.Constit a conscience que le droit au maintien des liens familiaux durant l'instruction est bafoué d'une certaine façon, mais ce n'est pas pour autant inconstitutionnel au vu des garanties justificatives et palliatives qu'il avance.

Un degré de protection différent se dessine alors entre les détenus. Le C.Constit valide finalement une inégalité de traitement sous-jacente : un détenu prévenu dont l'instruction est terminée peut demander un rapprochement familial selon l'article 34 de la loi précitée, mais le mis en examen ne peut pas en bénéficier.

Julie Parment



Point de vue

Julie Bosse

« De l'obligation d'informer le tuteur ou curateur lors d'une perquisition au domicile d'un majeur protégé »

Affaire : Conseil constitutionnel, décision 2020-873 QPC du 15 janvier 2021, Mickaël M.

I. - Textes

- Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen : arts 2; 16
- Code de procédure pénale : arts 57, 76; 706-112-1 et s; 706-113; D47-14 ; D47-14-1
- Code Civil : arts 415 et s; 425; 428

II. - Contexte

En droit français, les majeurs protégés bénéficient d'un régime de protection spécifique en matière pénale depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007.

Le dispositif de protection juridique d'un majeur vulnérable est prévu aux articles 415 et suivants, 425, et 428 du Code Civil. Le juge des tutelles peut décider d'une mesure de protection en fonction du degré d'incapacité de la personne. Il doit se fonder sur un certificat médical circonstancié attestant de l'altération de ses facultés mentales ou physiques. De plus, il est nécessaire qu'à cause de cette altération, la personne ne puisse pourvoir seule à ses intérêts. La tutelle et la curatelle sont deux de ces mesures.

S'agissant de la procédure pénale, l'alinéa premier de l'article 706-113 du Code de Procédure Pénale (ci-après CPP), prévoit l'obligation d'informer le tuteur ou curateur lorsque le majeur protégé fait l'objet de poursuites, d'une alternative aux poursuites ou lorsqu'il est entendu comme témoin assisté.

Toutefois, cet article ne prévoit pas d'obligation d'informer le tuteur ou curateur lorsqu'une perquisition est menée au domicile du majeur protégé, dans le cadre d'une enquête préliminaire. C'est sur ce point qu'une question prioritaire de constitutionnalité (ci-après QPC) a été renvoyée par la Cour de cassation (Cass. Crim, 13 octobre 2020, n° 20-82.267) au Conseil Constitutionnel (ci-après C.Constit).

Il lui est demandé d'examiner la conformité de l'art 706-113 dans sa rédaction résultant de la loi du 23 mars 2019 à deux des droits constitutionnels processuels : les droits de la défense du majeur protégé, qui sont rattachés à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (ci-après DDHC) et le droit à un procès juste et équitable.

III. - Analyse

Le régime de la perquisition est posé à l'article 76 du CPP. L'enquête préliminaire est régie par le principe de non coercition. De fait, pour procéder à une perquisition dans le cadre d'une telle enquête, il est nécessaire de recueillir l'assentiment exprès de l'occupant, sous peine d'irrégularité de l'acte d'enquête. Aucune disposition n'est prévue concernant le cas particulier d'une perquisition effectuée au domicile d'un majeur protégé. En l'état actuel des choses, il revient au majeur protégé, seul, de donner ou non son consentement aux enquêteurs.

Pour le requérant, l'article 706-113 du CPP viole les droits de la défense et le droit à un procès juste et équitable des majeurs protégés. Pour cause, sans consultation préalable du tuteur ou curateur, rien ne garantit que le consentement donné soit libre et éclairé. Il y a donc là un risque que le majeur protégé ait consenti à la perquisition sans discernement, et sans user de son droit de s'y opposer.

Le C.Constit n'examine pas l'affaire au regard du grief soulevé par le requérant, pourtant retenu par la Cour de cassation pour motiver son arrêt de renvoi. Il préfère relever d'office le grief de la méconnaissance du principe d'inviolabilité du domicile, qui découle de l'article 2 de la DDHC.

Selon ce principe, on ne peut pénétrer au sein du domicile d'une personne sans son autorisation sous peine des sanctions du délit de violation de domicile. La loi prévoit tout de même des limites à cette interdiction, notamment la perquisition effectuée par la police judiciaire. En effet, c'est un acte d'enquête particulièrement intrusif, mais qui peut s'avérer crucial dans la recherche de preuves d'une infraction.

L'article 76 du CPP concilie la perquisition et l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'une infraction pénale (Cons. const. 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, §16), avec l'inviolabilité du domicile, en imposant, en enquête préliminaire, le consentement libre et éclairé de la personne chez laquelle l'opération a lieu, donné par écrit et en connaissance de cause, c'est à dire en ayant été informé du droit de s'y opposer. La difficulté survient en présence d'un majeur protégé. C'est précisément parce qu'il n'a pas le discernement suffisant pour donner un accord libre et éclairé qu'il est placé sous un régime de protection civile.

Le C. Constit. regrette qu'aucune disposition n'impose aux enquêteurs de rechercher si la personne fait ou non l'objet d'une mesure de protection, car « selon le degré d'altération de ses facultés mentales ou corporelles, le

majeur protégé, s'il n'est pas assisté, peut être dans l'incapacité d'exercer avec discernement son droit de s'opposer à la réalisation d'une perquisition à son domicile ». Etant donné qu'il n'est pas en mesure d'exercer seul son droit d'opposition, cette lacune de la loi méconnaît le principe d'inviolabilité du domicile.

Mais, si le C.Constit impose ainsi d'aviser le tuteur ou curateur de cet acte d'enquête, il n'impose pas pour autant à l'enquêteur de rechercher systématiquement si l'occupant des lieux est placé sous un régime de protection. L'obligation d'aviser le tuteur ou curateur est, pour le C.Constit, conditionnée à l'existence d' « éléments recueillis au cours de l'enquête préliminaire faisant apparaître que la personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique révélant qu'elle n'est pas en mesure d'exercer seule son droit de s'opposer à la réalisation de cette opération ».

Les Neufs Sages déclarent l'alinéa premier de l'article 706-113 du CPP contraire au principe d'inviolabilité du domicile. L'abrogation de l'article est reportée au 1er octobre 2021, afin de permettre au législateur de prendre les mesures qui s'imposent.

IV. - Portée

La loi du 5 mars 2007 a été adoptée suite à l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme *Vaudelle c. France* n°35683/97 du 30 janvier 2001, qui condamnait la France pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, pour n'avoir pas institué d'obligation légale d'information du curateur de l'existence d'une procédure pénale à l'encontre du majeur qu'il protège.

Cette loi, quoique constituant une importante avancée pour la garantie des droits procéduraux du majeur protégé, comporte des lacunes, dont certaines ont déjà été censurées par le C.Constit. Dans sa décision du 14 septembre 2018, *M. Mehdi K* (n°2018-730 QPC), il a imposé au législateur de prévoir l'information du tuteur ou curateur du placement en garde à vue du majeur protégé. La loi du 23 mars 2019 est venue remédier à cette situation, et elle étend cette obligation en cas d'audition libre du majeur protégé, ce qui n'était pourtant pas prévu par la QPC (arts. 706-112-2 et 706-112-1 CPP). Le décret du 24 mai 2019 est allé plus loin que la loi, en imposant l'information du tuteur ou curateur pour tous les actes privatifs de liberté en matière pénale (art D47-14 CPP). La présente décision s'inscrit donc dans la continuité de la censure des lacunes de la loi de 2007, concernant cette fois la perquisition.

La difficulté essentielle pour assurer la garantie des droits du majeur protégé est la connaissance par les autorités de police et de justice de leur qualité. L'article D47-14-1 CPP prévoit que ces dernières n'ont l'obligation de rechercher si la personne fait l'objet d'une mesure de protection civile que si des éléments de l'enquête font apparaître des doutes à ce propos. La Cour de cassation

estime ainsi qu'en l'absence d'indices de cette qualité, les autorités n'ont pas l'obligation d'effectuer des investigations sur ce point (Cass, crim. 19 sept. 2017, n° 17-81.919). Le C.Constit ne revient pas sur ce point. Il conditionne l'obligation d'informer le tuteur ou curateur de la perquisition à l'existence d'éléments recueillis au cours de l'enquête préliminaire qui démontrent que la personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique. Il est vrai qu'une telle obligation alourdirait considérablement le travail des enquêteurs, faute de fichier des « majeurs protégés ».

La majeur protégé ne l'est donc pas pleinement pendant la procédure pénale. D'autant plus qu'en enquête de flagrance, la perquisition ne requiert pas le consentement de l'occupant, seulement sa présence ou, à défaut, celle d'un représentant qu'il désigne (art. 57 CPP). Aucune disposition particulière ne concerne le cas des majeurs protégés, rien n'oblige l'enquêteur à informer le tuteur ou curateur. Or, sans être conseillé, comment le majeur protégé peut-il choisir son représentant avec discernement ?

Enfin, le C.Constit, en déplaçant la QPC posée sur le champ de la protection du domicile, a refusé de répondre à la question qui était posée : le défaut d'information du tuteur/curateur est-il une atteinte aux droits de la défense ?

Julie Bosse



Point de vue

Chloé Jouveaux

« Protection subsidiaire : de nouveaux critères d'intensité permettant d'évaluer le degré de violence aveugle d'un conflit armé »

Affaire :

CNDA, 16 décembre 2020, M. Y., 20115807

CNDA, 18 décembre 2020, M. K., 19058980

I. - Textes

- Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. L712-1 à L712-4

II. - Contexte

La protection subsidiaire (ci-après PS) est un outil propre à l'Union Européenne (ci-après UE), ne pouvant être examiné qu'après que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou la Cour nationale du droit d'asile (ci-après CNDA) aient débouté le demandeur du statut de réfugié (CE, 22 févr. 2013, OFPRA c/ M. S., n°332701). Selon l'article 15 de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, plusieurs hypothèses permettent l'attribution de la PS. Celle qui retient notre attention porte sur le point c) où un civil doit démontrer qu'il est personnellement la cible d'un conflit armé caractérisé par une violence aveugle.

La Cour de justice de l'UE a précisé la notion de violence aveugle. Elle a posé le principe que l'individualisation des craintes n'est pas nécessaire lorsque la région d'origine du requérant est frappée par une violence aveugle intense. Dans cette situation le requérant se voit reconnaître de manière automatique la PS. À l'inverse lorsque la violence aveugle est de faible intensité le requérant doit démontrer qu'en cas de retour il craint d'être exposé à des atteintes graves et individuelles contre sa vie ou sa personne (CJUE, Grde Ch., 17 février 2009, Meki Elgafaji, Aff. C-465/07).

En l'absence de critères permettant d'évaluer le seuil de violence aveugle d'un conflit armé, les Etats membres de l'UE bénéficient d'une large marge d'appréciation, entraînant des divergences jurisprudentielles « entre les formations de jugement » pouvant conduire à ce qu'une même région soit « en proie à une violence modérée ou intense » (Voir p. ex. J. FERNANDEZ et C. VIEL, « La protection

incertaine des étrangers en provenance d'une zone de guerre », AJDA, 2016 p. 1961).

Pour pallier à cette insécurité juridique, la Grande Formation de la CNDA a récemment créé une liste de critères « tant quantitatifs que qualitatifs » afin de mieux justifier l'évaluation du niveau de violence aveugle (CNDA, 19 novembre 2020, M. M., n°18054661 et CNDA, 19 novembre 2020, M., N., n°19009476).

Deux décisions de la CNDA des 16 et 18 décembre 2020 ont appliqué ces indices. En l'espèce, les requérants, l'un Somalien, l'autre Afghane ont été déboutés de leur demande tendant au bénéfice du statut de réfugié. La CNDA s'est penchée sur leur situation personnelle au regard de la PS. Elle a procédé à la réévaluation du degré de violence aveugle du conflit somalien dans la région du Bas-Shabelle et à Mogadiscio (CNDA, 16 décembre 2020, M. Y., 20115807) puis en Afghanistan dans la province de Nangarhar (CNDA, 18 décembre 2020, M. K., 19058980).

III. - Analyse

Les critères récemment dégagés par la CNDA pour apprécier le niveau de violence aveugle d'un conflit armé sont divers. La Cour peut prendre en compte les méthodes de guerre, le nombre de victimes civiles, les violations des droits de l'homme ou encore les déplacements de population provoqués par le conflit.

Dans l'affaire du 16 décembre 2020, en analysant la VA du conflit armé présent dans la région du Bas-Shabelle en Somalie, la CNDA a retenu que celle-ci subissait de manière croissante des attaques aériennes. Le nombre de victimes civiles, qui, bien qu'à la baisse, restait important et de nombreuses personnes ont fui cette région pour cause d'insécurité. Pourtant il ne s'agissait que d'une violence aveugle de faible intensité. La CNDA a également étudié les points d'entrée du pays par lesquels le requérant devait transiter pour lui permettre un retour en toute sécurité dans sa région d'origine. Le demandeur estimait que l'aéroport international de Mogadiscio était l'unique point d'entrée du pays, et serait placé au cœur d'une situation de violence aveugle intense. Or, la Cour a établi que même si Mogadiscio restait la cible d'attentats, ces attaques ne visaient pas directement les civils, ni l'aéroport et n'affectaient pas son bon fonctionnement. En présence d'une VA de faible intensité dans la région du Bas-Shabelle et à Mogadiscio le requérant n'a pas réussi à démontrer qu'en cas de retour celui-ci risquait de subir des atteintes graves et personnelles imputables au conflit armé. La Cour a rejeté sa demande de PS.

Dans une autre affaire du 18 décembre 2020, au sujet d'un ressortissant afghan, la CNDA a appliqué la même méthode mais cette fois pour la province de Nangarhar. Qualifiée de particulièrement instable et préoccupante par le rapport du Secrétaire général des Nations unies, la Cour a conclu que la situation de violence aveugle était d'une exceptionnelle intensité. La situation

personnelle du requérant n'avait pas à être analysée car il bénéficiait de manière quasi automatique de la PS. Dès lors la Cour s'efforce de rappeler que la seule preuve de la nationalité ne permet pas d'obtenir de manière systématique une PS.

IV. - Portée

Les décisions des 16 et 18 décembre 2020 démontrent l'ancrage d'un revirement jurisprudentiel marqué par la création de nouveaux indices qualitatifs et quantitatifs depuis le 19 novembre 2020. Peut-on considérer que cette création marque un tournant dans la jurisprudence de la CNDA ?

Rappelons que la CNDA, réévalue constamment l'intensité de la violence aveugle présente dans le cadre d'un conflit armé. Une décision de la CNDA du 2 juillet 2012, M. C., n° 12008517 avait retenu que le conflit armé présent dans la région de Nangarhar en Afghanistan relevait d'une VA intense. Le 18 décembre 2020, la CNDA en réévaluant la VA de cette zone et faisant application des nouveaux critères, a conclu que la violence aveugle restait de forte intensité. Pour ce qui est de la Somalie, la CNDA avait conclu dans deux jurisprudences antérieures que la région du Bas-Shabelle et la ville de Mogadiscio ne relevaient pas d'une violence aveugle de forte intensité (CRR, 17 juillet 2007, 559572, Mme R. ép. A et CNDA, 23 juillet 2020, M. A., n°19047533). La CNDA a retenu la même solution dans sa décision du 16 décembre 2020.

Notons que les deux décisions du 19 novembre 2020 marquent un tournant. La ville de Kaboul, unique point d'entrée du pays, a longtemps été caractérisée par un conflit armé présentant un niveau élevé de violence aveugle. Un requérant Afghan se voyait reconnaître de manière quasi automatique la PS (CNDA, 9 mars 2018, M. H., n°17045561). Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le retour d'un Afghan à Kaboul ne l'exposait pas à des traitements prohibés par la Convention européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 25 février 2020 A. S. N. et autres c. Pays-Bas, n°68377/17 et 530/18). Suite à cet arrêt, la CNDA a pratiqué un revirement dans deux décisions du 19 novembre 2020 en baissant le niveau d'intensité de la VA présente à Kaboul. Dorénavant un Afghan originaire de la capitale ou devant y transiter ne se verra plus systématiquement reconnaître la PS sauf s'il apporte la preuve qu'en cas de retour il risque d'y subir des atteintes graves et individuelles contre sa vie ou sa personne. En revanche s'il démontre qu'il provient d'une autre région frappée par une violence aveugle intense, comme ce fut le cas dans la décision du 18 décembre 2020, la PS lui sera automatiquement accordée.

Appliqués aux décisions des 16 et 18 décembre 2020, les nouveaux critères permettant d'évaluer le degré de violence aveugle d'un conflit armé justifient davantage les décisions de la CNDA quant au choix d'accorder la PS de manière automatique ou en exigeant la preuve de l'individualisation des craintes. Ces indices ne marquent pas un assouplissement ni même un durcissement de la jurisprudence de la CNDA quant à l'évaluation de la violence aveugle.

Reste la question de savoir ce qui entre dans le champ des atteintes graves et individuelles contre la vie ou la personne du requérant lorsque la violence aveugle est de faible intensité. Cet examen relève d'une appréciation au cas par cas. Peut-être faudrait-il que la CNDA précise cette notion, de la même manière qu'elle a récemment créé de nouveaux indices évaluant l'intensité de la violence aveugle dans le cadre d'un conflit armé ?

Chloé Jouveaux



Point de vue

Xavier Xenidis

« Droit au silence: du bruit entre libertés fondamentales et lutte contre la délinquance en col blanc »

Affaire : CJUE, gde ch., 2 février 2021, DB c. Consob, C-481/19

I. - Textes

- Directive 2003/6/CE articles 12 §2 et 14 §3, abrogée et remplacé par le Règlement 596/2014 articles 23 §2, b) et 30 §1, b), (dispositions transposées en droit italien par le décret législatif n. 58 article 187 quindicies du 24 février 1998)
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne articles 47 et 48 (ci-après la Charte)
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales article 6 (ci-après CEDH)

II. - Contexte

Deux séries de dispositions sont en cause dans cette affaire.

D'une part, le droit de l'UE (Directive 2003/6/CE, abrogée et remplacée par le règlement (UE) no 596/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014) impose aux États membres de prévoir des moyens d'actions puissants et efficaces pour rechercher et sanctionner les abus de marchés. A cette fin, l'autorité compétente en droit interne doit être investie de pouvoirs de surveillance et d'enquête, notamment un droit d'audition (art. 12 § 2 de la directive 2003/6/CE, devenu art. 23 § 2 du Règlement du 16 avril 2014 précité), et doit sanctionner les personnes qui refuseraient de coopérer dans le cadre de l'enquête, notamment en refusant d'être entendues ou de répondre aux questions (art. 14 § 3 de la Directive 2003/6/CE, devenu art. 30 § 1, b) du règlement du 16 avril 2014 précité).

D'autre part, les articles 47 et 48 de la Charte de droits fondamentaux de l'UE garantissent à tout accusé en matière pénale divers droits procéduraux, qui correspondent à ceux prévus par les § 2 et 3 de l'article 6 de la CEDH, dont le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

La question se pose donc de la conciliation de l'obligation de coopération avec les organes de la procédure et de la sanction attachée à son manquement

(relevant du droit dérivé de l'UE) avec le droit de se taire (qui relève du droit primaire de l'UE).

Dans cette affaire de délinquance en col blanc, qui se déroule en Italie, une personne, DB, a fait l'objet d'une condamnation pour délit d'initié sur le fondement de la législation italienne prise en application de la directive de 2003 précitée. Convoqué à une audition dans le cadre de la procédure administrative liée à cette infraction, elle a refusé, d'abord de se présenter, puis de répondre aux questions de l'autorité italienne de surveillance des marchés, la Consob. L'autorité administrative a pris, à ce titre, une sanction pécuniaire de 50 000 euros à son égard. DB conteste ces sanctions au regard du droit au silence, entendu comme « le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination », dans le cadre d'une procédure administrative qui pourrait conduire soit à l'imposition d'une sanction à caractère pénal à son encontre, soit à engager sa responsabilité pénale. Le condamné forme opposition contre ces sanctions devant la cour d'appel de Rome, puis un pourvoi. La cour de cassation, avant de statuer au fond, a renvoyé à la Cour constitutionnelle italienne une question inci-dente de constitutionnalité. Cette dernière, estimant que le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, garanti par la Charte de droits fondamentaux de l'UE et la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'art. 6 § 2 et 3 de la CEDH était aussi en jeu, a sur-sis à statuer et posé une question préjudicielle à la CJUE.

III. - Analyse

La Cour constitutionnelle italienne pose deux questions préjudicielles, que la CJUE estime devoir examiner ensemble : il s'agit en substance de savoir si : « l'article 14, paragraphe 3, de la directive 2003/6 et l'article 30, paragraphe 1, sous b), du règlement no 596/2014, lus à la lumière des articles 47 et 48 de la Charte, doivent être interprétés en ce sens qu'ils permettent aux États membres de ne pas sanctionner une personne physique qui, dans le cadre d'une enquête menée à son égard par l'autorité compétente au titre de cette directive ou de ce règlement, refuse de fournir à celle-ci des réponses susceptibles de faire ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives présentant un caractère pénal. »

La CJUE observe que l'article 47 § 2 de la Charte équivaut à l'article 6 § 1 de la CEDH et l'article 48 à ses paragraphes 2 et 3. Conformément à l'article 52 § 3 de la Charte, la CJUE se doit de garantir ces droits a minima (Commission/Hongrie, Usufruits sur terres agricoles, 21 mai 2019, aff. C-235/17) mais peut aussi aller au-delà. La CJUE note que si l'article 6 CEDH n'est pas explicite quant au droit au silence, ce dernier a été clairement mis au jour dans l'interprétation de la Cour EDH (Cour EDH John Murray c. Royaume-Uni 8 février 1996).

Pour répondre à la question préjudicielle qui lui est posée, la CJUE raisonne en trois temps. Dans un premier temps, la CJUE rappelle les exigences qui découlent du droit de se taire, telles que posée par la Cour EDH. Ce droit interdit

toute contrainte pour obliger la personne entendue à répondre aux questions qui lui sont posées. Le droit est ainsi violé si la personne est menacée d'une sanction si elle garde le silence, ou si elle est sanctionnée parce qu'elle a gardé le silence. Ceci permet de garantir le droit de ne pas s'autoincriminer ainsi que la présomption d'innocence. La CJUE ajoute toutefois que ce droit est limité à l'audition, et ne s'étend pas au défaut de coopération consistant à ne pas se présenter à une convocation ou aux manœuvres tendant à retarder son audition (§41).

Dans un deuxième temps, la CJUE s'attache à délimiter le périmètre d'application du droit au silence (§42 à 48). Elle rappelle que ce droit a vocation à s'appliquer dans deux situations : d'une part dans le cadre d'un contentieux pénal stricto sensu, et d'autre part dans le cadre d'une procédure administrative pouvant conduire à des sanctions à caractère pénal.

Selon la CJUE, trois critères permettent d'apprécier le caractère pénal d'une sanction : la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature de l'infraction et le degré de sévérité la sanction encourue (§42). Le premier, celui tenant à la qualification juridique de l'infraction en droit interne, n'est pas opérant en l'espèce. Il faut donc poursuivre avec l'examen des deux autres critères. La CJUE estime que sa jurisprudence antérieure, comme celle de la CEDH peuvent laisser penser que la présente affaire relève du droit administratif répressif (CJUE Di Puma et Zecca 20 mars 2018, C-596/16, C-597/16). Mais elle va plus loin encore : elle considère que même si les juridictions internes devaient estimer que ce n'est pas le cas, le droit au silence s'oppose aussi à ce qu'une personne physique « accusée » soit sanctionnée pour son refus de fournir à l'autorité compétente au titre de la directive 2003/6 ou du règlement no 596/2014 des réponses qui pourraient faire ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives à caractère pénal ou sa responsabilité pénale (§ 45). Ce faisant, la CJUE étend le champ d'application du droit de se taire.

Elle rappelle que le droit au silence garantit de ne pas s'incriminer, soit de manière directe par exemple par le biais d'aveux, soit de manière indirecte par exemple en fournissant des informations pouvant être utilisées par l'accusation (Cour EDH Saunders c. Royaume-Uni 17 décembre 1996 ; Cour EDH Corbet et autres c. France 19 mars 2015). Elle précise que le droit au silence s'applique aussi aux réponses à des questions de fait susceptibles d'être utilisées par la suite à l'occasion d'une procédure judiciaire et d'avoir un impact sur la condamnation ou la sanction de la personne auditionnée. C'est en vertu de la présomption d'innocence et du droit au silence d'une personne physique qu'il ne peut y avoir de sanction pour le refus de coopération dans le cadre d'une telle procédure. En revanche il en va différemment lorsque l'entité à laquelle on s'adresse est l'entreprise, personne morale, qui elle est obligée de coopérer (§46-48).

Enfin, la CJUE en arrive à la réponse à la question qui lui est posée. Elle rappelle

un principe général d'interprétation, celui selon lequel le droit dérivé doit être interprété autant que possible de manière à ne pas entrer en contradiction avec le droit primaire de l'UE. C'est précisément ici que réside la difficulté de cette affaire. Lorsqu'il peut y avoir plusieurs interprétations, celle à retenir est celle qui permet de rendre la disposition conforme au droit primaire, c'est à dire de ne pas entrer en contradiction avec les droits fondamentaux. Ce que refieut la Cour c'est que la disposition de l'article 14 § 3, de la Directive 2003/6 n'oblige pas expressément de sanctionner une personne physique qui n'aurait pas coopéré dans le cadre d'une procédure de sanction administrative présentant un caractère pénal. Ce cas de figure peut être interprété comme une exception à l'obligation de coopérer. De même, les exigences de l'article 30, § 1 sous b), du Règlement n°596/2014 n'imposent pas de telles sanctions contre une personne physique sous le coup d'une enquête portant sur une infraction passible de sanctions administratives revêtant un caractère pénal. Elle en conclut une conformité des articles en cause aux articles 47 et 48 de la Charte, applicable aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire en vertu de l'article 51.

IV. - Portée

Cet arrêt est un jalon important dans la jurisprudence de la Cour concernant le respect des droits fondamentaux, car si la CJUE disposait déjà d'une jurisprudence en matière de droit de la concurrence (CJUE Orkem/Commission 18 octobre 1989), c'est la première fois qu'elle se prononce dans le cadre des abus de marché. En outre, cette décision illustre plus largement le rôle de la Charte dans la garantie d'un niveau élevé de protection des libertés fondamentales, ainsi que l'intégration progressive de la jurisprudence de la Cour EDH au droit de l'Union.

La CJUE reprend ici les trois critères de la « matière pénale » posée par la Cour EDH (arrêt Engel c/ Pays-Bas, du 8 juin 1976). L'arrêt va aussi dans le même sens que la jurisprudence de la cour de Strasbourg qui estime que le droit national sanctionnant une personne en raison de son refus de répondre aux autorités dans le cadre d'une procédure portant sur une infraction administrative à caractère pénal viole l'article 6 de la CEDH (Cour EDH Chambaz c. Suisse 5 avril 2012).

Cette affaire doit être lue dans le contexte, plus général, de l'attribution de pouvoirs de sanction à des autorités administratives, qui soulève d'importantes problématiques concernant l'équilibre entre application effective du droit et respect des libertés fondamentales. Le droit d'une personne physique à garder le silence, et à travers lui celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination, est ici confronté au pouvoir conféré à la Consob de pratiquer des auditions dans le cadre d'une enquête portant sur un délit d'initié. La grande chambre de la CJUE, à travers le principe d'interprétation conforme, fait primer cette liberté fondamentale.

Il y a deux apports nouveaux dans cet arrêt de la CJUE. Tout d'abord le droit de se taire ne dispense pas intégralement de l'obligation de coopération, il ne concerne que l'audition et n'autorise pas à ne pas se présenter à une convocation ou à exercer des manœuvres pour la retarder : il est possible alors d'être sanctionné pour cela (§41). Ensuite la CJUE étend le droit de se taire au delà du champ classique de la « matière pénale » : l'autorité nationale compétente ne peut pas sanctionner une personne physique pour son refus de fournir à cette autorité des réponses dont pourrait ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives présentant un caractère pénal ou sa responsabilité pénale. Ce faisant, elle oeuvre grandement en faveur du droit de se taire (§45 et 47).

Pour terminer, la CJUE ne manque pas de rappeler que les juridictions nationales doivent mettre en œuvre leur faculté d'interprétation du droit dérivé de façon à respecter les droits fondamentaux et ainsi assurer leur prééminence.

Xavier Xenidis



Point de vue

Charles-Maxime Brodin

« L'insuffisance de la protection des majeurs protégés devant les juridictions d'application des peines »

Affaire : Conseil constitutionnel, décision 2020-884 QPC du 12 février 2021, Jacques G*

I. - Textes

- Code de procédure pénale, Art. 712-6, dans sa rédaction issue de la Loi du 24 novembre 2009
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Art. 16

II. - Contexte

Selon l'Union Nationale des Associations Familiales, entre 800 000 et un million de personnes bénéficient d'une protection juridique en 2020. Ils étaient 680 000 fin 2014 (Voir T. Cruzet et M. Lebaudy, Infostat Justice, n°143, juillet 2016). Cet accroissement conduit ipso facto à une évolution législative du régime des personnes protégées, à savoir « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté » (article 425 du Code civil). À l'instar de tout justiciable, le majeur protégé n'est pas à l'abri de commettre une infraction pénale.

L'article 706-113 du Code de procédure pénale (ci-après « CPP ») impose au juge d'informer le tuteur ou le curateur lorsqu'un majeur protégé fait l'objet de poursuites et également de l'aviser de la « date de l'audience », sans toutefois préciser quelles sont les audiences concernées.

Concernant les audiences d'application des peines, l'article 712-6 du CPP dispose seulement que : « Les jugements concernant les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de détention à domicile sous surveillance électronique et de libération conditionnelle sont rendus, après avis du représentant de l'administration pénitentiaire, à l'issue d'un débat contradictoire tenu en chambre du conseil, au cours duquel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du ministère public et les observations du condamné ainsi que, le cas échéant, celles de son avocat (...) ». Ce texte ne prévoit donc pas l'information du tuteur ou du curateur.

Si l'audience est en principe contradictoire, l'alinéa 2 du texte précité autorise le juge à statuer sur les mesures d'aménagement de la peine sans débat contradictoire, avec l'accord du procureur et du condamné ou de son avocat. Cet aspect pose problème en l'espèce.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel de Nancy, par un arrêt du 29 avril 2020, a transmis une question prioritaire de constitutionnalité (ci-après « QPC ») dans une procédure en matière de réduction de peine conditionnelle.

La Cour de cassation a ensuite renvoyé la QPC devant le Conseil constitutionnel (arrêt de la chambre criminelle du 18 novembre 2020 n°20-90.024).

C'est finalement le 12 février 2021 que le Conseil constitutionnel a rendu sa décision relative à la conformité des droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 712-6 du CPP.

III. - Analyse

Le requérant estime que les dispositions de l'article 712-6 du CPP méconnaissent les droits de la défense du majeur protégé. En effet, l'information du tuteur ou curateur n'est pas prévue devant le juge de l'application des peines (ci-après « JAP ») lorsque la personne protégée comparaît devant lui, ce qui pourrait la conduire à opérer des choix contraires à ses intérêts.

Dans sa rédaction issue de la loi du 24 novembre 2009, l'article 712-6 du CPP les mesures d'application des peines sont rendues au terme d'un débat contradictoire, regroupant le JAP, le ministère public, le condamné ainsi que, s'il en a désigné un, son avocat. Ainsi, à l'occasion de ce débat, le condamné est amené à effectuer des choix qui engagent la défense de ses intérêts : formuler des observations, éventuellement faire appel à un avocat ou même donner son accord au JAP pour qu'il renonce au débat contradictoire (possibilité prévue par l'alinéa 2 du texte précité). Selon le requérant, en l'absence de l'assistance de son tuteur ou de curateur en vue de et au cours de l'audience, le majeur protégé peut être dans l'incapacité d'effectuer ces choix, voire exprimer des choix contraires à ses intérêts. En cela, pour le requérant, une atteinte aux droits de la défense est caractérisée, ce qui violerait l'article 16 de la DDHC.

Dans leur décision du 12 février 2021, les sages vont donner raison au requérant et déclarer la première phrase du premier alinéa de l'art 712-6 du CPP contraire à la Constitution. Le Conseil constitutionnel prend le soin de souligner qu'« aucune disposition législative n'impose au JAP d'informer son tuteur ou son curateur afin qu'il puisse l'assister en vue de l'audience » (§8). Il en déduit que « l'absence d'une telle assistance » (§8) peut porter préjudice à la personne protégée car elle peut être « dans l'incapacité d'exercer ses droits, faute de discernement suffisant ou de possibilité d'exprimer sa volonté en raison de l'altération de ses facultés mentales ou corporelles » (§8). Par cette décision, le Conseil constitutionnel

estime qu'il est essentiel que les droits de la défense puissent être pleinement exercés lors de la comparution du majeur protégé devant le JAP et que cela passe par l'information du tuteur ou du curateur. Il conclut logiquement à une méconnaissance des droits de la défense et, par voie de conséquence, abroge immédiatement les dispositions contestées. En revanche, le juge constitutionnel fait savoir que les mesures déjà prises sur le fondement de ces dispositions, qui ne sont plus en vigueur, ne pourront être remises en cause, estimant que ces remises en cause auraient des « conséquences manifestement excessives » (§13).

IV. - Portée

L'évolution des droits de la défense des majeurs protégés a débuté par une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a estimé contraires à l'article 6 de la Convention EDH les procédures menées à l'encontre de personnes placées sous régime de protection sans que ni leur tuteur, ni leur curateur ne soit informé (Cour EDH, Vaudelle c. France, 30 janvier 2001, 35683/97, §65).

Cet arrêt est à l'origine de la Loi du 5 mars 2007, laquelle est venue poser les fondements du statut pénal du majeur protégé. Cette loi de 2007 comportait des lacunes, comblées en partie par la loi du 3 juin 2016 qui consacre la possibilité pour toute personne protégée gardée à vue de s'entretenir directement avec son curateur ou tuteur sous contrôle de l'officier de police judiciaire. Mais il ne s'agissait que d'un droit, dont le majeur protégé devait demander expressément l'exercice.

Le Conseil constitutionnel, saisi pour la première fois d'une QPC dirigée contre l'article 706-113 du CPP, est également venu censurer les dispositions originelles le 14 septembre 2018 (QPC n°2018-730). Cette décision déclare non conforme à la Constitution l'article 706-113 alinéa premier du Code de procédure pénale en ce qu'il ne prévoyait pas l'obligation, pour l'officier de police judiciaire, d'informer le tuteur ou le curateur du placement en garde à vue d'un majeur protégé, afin de faire valoir, notamment, son droit à l'assistance d'un avocat. Cette décision constitue la genèse d'une réforme par les sages du Conseil : les obligations prévues à l'article 706-13 du CPP trouvent ainsi à s'appliquer entre la phase d'orientation des poursuites et celle de jugement. Puis récemment, dans sa décision n°2020-873 QPC du 15 janvier 2021, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution ce même premier alinéa de l'article 706-113, pour absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé d'une perquisition menée à son domicile dans le cadre d'une enquête préliminaire.

C'est dans ce contexte que la Loi de programmation pour la justice 2018-2022 dite « Loi Belloubet » du 23 mars 2019 est venue renforcer les droits du majeur protégé en insérant, entre autres, un article 706-112-1 dans le CPP prévoyant que si les éléments recueillis au cours de la garde à vue ou d'une audition libre d'une personne font apparaître que celle-ci fait l'objet d'une mesure de protection juridique, l'officier ou l'agent de police judiciaire doit en aviser le curateur ou

le tuteur. Cette modification du régime de la garde à vue par la loi du 23 mars 2019 est une réaction directe à la censure du Conseil constitutionnel intervenue en 2018.

La chambre criminelle de la Cour de cassation est également très protectrice des droits du majeur protégé. En effet, elle estime que, faute d'information du tuteur ou du curateur, la procédure pénale suivie contre le majeur protégé est nulle si les autorités avaient connaissance de la mesure de protection juridique (Cass. crim. 10 janv. 2017, 15-84.469), et elle a précisé que le procureur de la République ou le juge d'instruction doivent procéder aux vérifications nécessaires en cas de doute sur l'existence d'une mesure de protection (Cass. crim. 19 sept. 2017, 17-81.919).

La présente décision du 12 février 2021 était attendue parce qu'elle s'inscrit dans une tendance, constatée depuis plusieurs années, d'affirmation des droits du majeur protégé aux différentes phases de la procédure pénale. Cette fois-ci, les sages reconnaissent à la personne protégée un droit à l'information de son tuteur ou curateur au stade de l'aménagement de la peine et non plus seulement aux différents stades de l'enquête et de la procédure. En effet, au gré des lois et jurisprudences exposées précédemment, le CPP prévoyait cette information à divers stades de la procédure pénale (ex. le tuteur ou curateur peut recevoir un permis de vi-site en cas d'incarcération selon l'article 706-113 du CPP) mais aucune disposition ne mentionnait cette information pour l'aménagement de peine.

Mais cette fois, contrairement à 2018, le législateur avait anticipé cette inconstitutionnalité. Avec la loi du 24 décembre 2020, celui-ci est venu insérer dans le CPP un nouvel article 712-16-3 selon lequel « lorsque le condamné est une personne majeure faisant l'objet, conformément à l'article 706-112, d'une mesure de protection juridique, son curateur, son tuteur ou la personne désignée en application des articles 706-114 ou 706-117 est avisé de la date du débat contradictoire prévu à l'article 712-6 ou de l'audience prévue à l'article 712-13. Ce curateur, ce tuteur ou cette personne peut faire des observations écrites ou être enten-du comme témoin par la juridiction de l'application des peines, sur décision de son président. Le condamné doit être assisté d'un avocat, désigné par lui ou l'une de ces personnes ou, à la demande du juge de l'appli-cation des peines, par le bâtonnier, conformément à l'article 706-116 ».

Ainsi, cette décision s'inscrit logiquement dans une avancée jurisprudentielle et législative du respect des droits des majeurs protégés lors de la procédure pénale. Toutefois, une partie de la doctrine regrette que cette protection ne bénéficie pas concrètement à toute personne présentant une absence de discernement, même lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une protection juridique (Voir N. Descot, « La participation effective du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007 », AJ pénal 2008).

Charles-Maxime Brodin



Point de vue

Manuel Mauger

« La restriction du droit d'appel des décisions du juge des tutelles pour l'ex-concubine du majeur protégé »

Affaire : Cass. Civ. 1ère, 27 janvier 2021, 19-22.508

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'Homme : art. 6 §1
- Code de procédure civile : art. 1239, dans sa rédaction antérieure à celle issue du décret n°2019-756 du 22 juillet 2019
- Code civil : art. 430

II. - Contexte

Au terme de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) qui protège le droit au procès équitable, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, par un tribunal qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

Selon l'article 1239 du Code de procédure civile (ci-après CPC) les décisions du juge des tutelles sont en principe susceptibles d'appel. À ce titre, ont qualité à agir, les personnes énumérées à l'article 430 du Code civil (ci-après Cciv) c'est-à-dire les membres du cercle étroit des parents et proches qui sont intéressés à la protection du majeur concerné. Parmi ces personnes, figurent notamment le conjoint, le partenaire et le concubin du majeur protégé, à moins que la vie commune ait cessé entre eux.

Les prémices de la présente affaire sont marquées par deux évènements notables. D'une part, le 23 août 2010, le souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie a désigné sa concubine comme bénéficiaire, et, à défaut, ses héritiers. D'autre part, par un jugement du 30 juin 2015, celui-ci a été placé en tutelle et son fils désigné en qualité de tuteur.

Entre ces deux évènements, le concubinage entre le majeur protégé et la bénéficiaire du contrat d'assurance-vie avait pris fin. C'est alors que par une ordonnance du 25 avril 2016, le juge des tutelles a autorisé le changement de bénéficiaire du contrat souscrit par le majeur protégé. Le fils de ce dernier, en tant que tuteur, a ainsi été autorisé à se désigner lui-même ainsi que sa sœur en

qualité de bénéficiaires.

Le 15 septembre 2017, postérieurement au décès du majeur protégé, l'ex-concubine, bénéficiaire de l'assurance-vie, a formé une tierce opposition à l'encontre de l'ordonnance du juge des tutelles. Cependant, dans une nouvelle ordonnance du 4 janvier 2018, ce dernier l'a déclaré irrecevable. Celle-ci a donc interjeté appel contre l'ordonnance autorisant la modification de la clause bénéficiaire de l'assurance-vie ainsi que contre celle déclarant sa tierce opposition irrecevable.

Dans son arrêt du 10 juillet 2019, la Cour d'appel de Lyon a fait droit à la demande de l'appelante. Elle considère que la restriction du droit d'appel qui découle de la combinaison des articles 1239 du CPC et 430 du Cciv est en l'espèce contraire à l'article 6 de la CEDH. L'atteinte au droit d'accès au juge serait disproportionnée par rapport au but recherché. Elle admet tout de même que les restrictions à l'exercice du droit d'appel contre les décisions du juge des tutelles visent « des objectifs légitimes de continuité et de stabilité de la situation du majeur protégé ». Néanmoins, puisque cela prive l'ex-concubine du majeur protégé « de tout recours contre une décision qui porte atteinte de manière grave à ses intérêts », cette restriction serait, « sans rapport raisonnable avec le but visé ».

III. - Analyse

À la suite du pourvoi formé par le tuteur du majeur protégé, intervient l'arrêt de la Cour de cassation. Celle-ci, tout comme la Cour d'appel, estime que les restrictions au droit d'accès au juge ont pour but légitime la protection des majeurs protégés, en tant que personne vulnérable. Pour ce faire, l'appel à l'encontre des décisions du juge des tutelles n'est ouvert qu'aux personnes ayant vocation à veiller à la sauvegarde des intérêts du majeur protégé, en raison des liens qu'ils ont avec ce dernier.

En l'espèce le concubinage entre la première bénéficiaire du contrat d'assurance-vie et le majeur protégé avait pris fin, et aucun lien étroit et stable n'avait été maintenu entre les deux. Dès lors, celle-ci ne figurait plus dans la liste des personnes visées par l'article 430 du Cciv. Il ne pouvait donc qu'être constaté que l'ex-concubine n'avait pas qualité pour intervenir aux opérations de tutelle.

Cela étant, selon la Cour de cassation, « les tiers à la mesure de protection disposent des voies de droit commun pour faire valoir leurs intérêts personnels ». Elle considère donc qu'un rapport de proportionnalité est respecté entre la restriction apportée au droit d'accès au juge et le but légitime visé. Par conséquent, dès lors que le concubinage a pris fin, il n'y a pas d'atteinte au droit d'accès au juge de l'ex-concubine.

La solution retenue par la Cour de cassation n'étant pas la même que celle de

la Cour d'appel, celle-ci va décider de rendre un arrêt de cassation partielle. Elle considère que l'appel formé était irrecevable, mais seulement en ce qu'il visait l'ordonnance du juge des tutelles du 25 avril 2016, qui autorisait le changement de bénéficiaire du contrat souscrit par le majeur protégé. En revanche, l'arrêt ne se prononce pas clairement sur la recevabilité de la tierce opposition de l'ex-concubine.

IV. - Portée

Cet arrêt du 27 janvier 2021 est le premier arrêt par lequel la Cour de cassation procède à un contrôle de conventionnalité des articles 1239 du CPC et 430 du Cciv, au regard de l'article 6 §1 de la CEDH.

Alors que la Cour d'appel avait estimé que les textes français étaient in conventionnels, pour la Cour de cassation ils sont conformes à l'article 6 §1 de la CEDH. Elle admet que le droit d'appel peut être limité à certaines personnes dans le cadre particulier des ordonnances rendues par le juge des tutelles.

Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, ci-après Cour EDH, il ne peut pas y avoir de droit à un procès équitable sans droit d'accès au juge (Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, 4451/70, §36). Cela étant, il ne s'agit pas d'un droit absolu, les États bénéficient d'une certaine marge d'appréciation. Simplement, « les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même ». De plus, si des restrictions au droit d'accès au juge peuvent être envisagées, la Cour estime que pour se concilier avec l'article 6 §1, celles-ci doivent poursuivre un « but légitime » et conserver un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (Cour EDH, 14 décembre 1999, *Khalfaoui c. France*, 34791/97, §36).

Il est également de jurisprudence constante que l'article 6 de la CEDH ne garantit pas un droit d'appel. « Néanmoins, un État qui se dote de juridictions de cette nature à l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6 » (Cour EDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, 2689/65, §25).

Par conséquent, les restrictions au droit d'appel des décisions du juge des tutelles doivent, pour être conformes aux exigences de l'article 6 §1 de la CEDH, poursuivre un but légitime et être proportionnées au but visé.

Le seul objectif des opérations de tutelle est la protection du majeur incapable. À ce titre, le juge des tutelles a pour rôle la protection de ce dernier tant sur un plan extrapatrimonial que patrimonial. Il paraît donc tout à fait légitime de limiter les personnes pouvant porter atteinte au patrimoine du majeur protégé.

Enfin, l'interdiction faite aux tiers créanciers n'est pas disproportionnée par rapport au but recherché puisque les personnes ne pouvant pas interjeter

appel contre les décisions du juge des tutelles ont à leur disposition une autre voie de droit. Il s'agit de la tierce opposition (article 499 al. 3 du Cciv), qui leur permet de saisir le juge pour préserver leurs propres intérêts patrimoniaux.

De plus, concernant l'ex-concubine du majeur protégé, il ne s'agit pas d'une fermeture absolue du droit d'appel contre les décisions du juge des tutelles. Elle peut conserver sa qualité à agir en maintenant des liens étroits et stables avec l'intéressé. Cependant, dès lors qu'il n'y a plus de vie commune et qu'aucun lien n'a persisté, l'ex-concubine n'entre plus dans la catégorie des personnes ayant vocation à veiller à la sauvegarde des intérêts du majeur protégé. Puisque les décisions du juge des tutelles ne visent qu'à protéger les intérêts du majeur vulnérable, un tiers étranger à ces derniers ne peut pas interjeter appel de ces décisions pour défendre ses propres intérêts.

En conclusion, cette solution de la Cour de cassation paraît conforme aux exigences de la Cour EDH, en ce que le patrimoine des majeurs incapables doit faire l'objet d'une protection particulière, et que la restriction au droit d'appel contre les décisions du juge des tutelles ne privent pas les tiers de tout recours.

Manuel Mauger



Point de vue

Zoé Vandaële

« La liberté de la presse : liberté fondamentale consacrée dans le cadre du référé-liberté et aussitôt limitée par le Conseil d'Etat »

Affaire : CE, Ord., 3 février 2021, 448721

I. - Textes

- Code de justice administrative, article L. 521-2
- Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, article 10

II. - Contexte

Cette ordonnance de référé intervient dans le cadre d'opérations de police administrative consistant dans l'évacuation de camps de migrants installés dans les secteurs de Calais et de Dunkerque, et qui ont donné lieu à la mise en place par les forces de l'ordre de périmètres de sécurité pour tenir à distance les tiers, dont les journalistes font partie. C'est dans ce contexte que trois journalistes ont demandé au président du Tribunal administratif de Lille (ci-après nommé le TA), statuant comme juge des référés, d'enjoindre aux préfets du Nord et du Pas de Calais de les laisser accéder à ces lieux d'évacuation.

Le juge des référés est juge de l'urgence et de l'évidence. Dans le cadre du référé-liberté ses pouvoirs sont plus étendus puisque l'article L521-2 du Code de justice administrative (ci-après nommé CJA) lui permet de prendre « toute mesure nécessaire » pouvant faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Les requérants doivent remplir une condition d'urgence pour que leur requête soit recevable.

Dans une ordonnance en date du 5 janvier 2021, le TA de Lille, a rejeté la demande de ces trois journalistes, au motif que la condition d'urgence n'était pas remplie. En effet, le tribunal rappelle que « la circonstance qu'une atteinte à une liberté fondamentale, portée par une mesure administrative, serait avérée n'est pas de nature à caractériser l'existence d'une situation d'urgence justifiant l'intervention du juge des référés » (TA Lille, Ord. 5 janvier 2021, n°2009446).

III. - Analyse

Les requérants ont décidé de faire appel devant le Conseil d'Etat (ci-après nommé le CE). Ils allèguent que la mise en place des périmètres de sécurité d'une distance importante par les forces de l'ordre, sont des mesures qui, dans un premier temps ne sont ni adaptées ni proportionnées au but d'ordre public poursuivi et qui, dans un second temps, constituent une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de la presse qu'il convient de faire cesser de manière urgente. La question pourra cependant se poser de savoir si ce n'est pas plutôt le droit d'informer le public qui est en jeu dans cette affaire.

Le Ministère de l'Intérieur demande quant à lui au CE de rejeter l'appel des requérants au motif que la condition d'urgence n'est pas remplie et qu'il n'est portée aucune atteinte grave et manifestement illégale aux libertés invoquées. Il ne conteste pas la mise en place sur les lieux de périmètres de sécurité, indiquant qu'elles visent à protéger l'ordre public en ses composantes de sécurité et de dignité de la personne humaine.

Dans son ordonnance rendue le 3 février dernier, le CE applique sa jurisprudence Benjamin concernant les mesures de police administrative en vérifiant si elles poursuivent un motif d'ordre public et si elles sont nécessaires, adaptées et proportionnées (CE, 19 mai 1933, Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers, n° 17413) et considère que c'est le cas en l'espèce. Il vérifie ensuite s'il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté en cause dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article L521-2 du CJA. Le CE considère que les mesures en cause revêtiraient un tel caractère si elles avaient pour objet, ou même pour effet, de priver les journalistes de toute visibilité sur les opérations d'évacuation des camps de telle manière qu'ils ne dépendraient que des services de communications des préfetures pour recueillir des informations, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il conclut donc au rejet des demandes des requérants.

IV. - Portée

La liberté de la presse est consacrée dans plusieurs textes comme l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, ou encore au niveau interne par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen et par la loi du 29 juillet 1881. De plus, le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion d'en faire un objectif à valeur constitutionnel en 2000 (CConstit, 28 décembre 2000, n°2000-441DC). Il paraissait logique que le CE finisse par la consacrer comme une liberté fondamentale invocable dans le cadre du référé-liberté. En effet, il avait déjà eu l'occasion de consacrer la liberté d'expression et la liberté de communication des idées et des opinions comme tel (CE, Ord. 17 avr. 2012, n° 358495, Commune de Saint-Cyr-l'Ecole ; CE, Ord. 11 juin 2012, n° 360024, Commune de L'Étang salé), cependant, c'est la première fois qu'il consacre la liberté de la presse comme composante des deux libertés précitées et comme liberté fondamentale invocable devant le juge du référé-liberté. Cela constitue

une avancée en ce que des potentiels futurs requérants pourront désormais contester une atteinte à la liberté de la presse par la puissance publique devant le juge des référés et obtenir la prise de mesure permettant de la faire cesser dans un délai de 48h.

Sachant que les opérations de police administrative en cause ont donné lieu de manière fréquente à des dérives, comme par exemple lors de l'évacuation d'un camp sur Paris le 23 novembre dernier, largement médiatisé par ailleurs, le rôle de la presse comme chien de garde de la démocratie (CEDH, GC, 27 mars 1996, *Goodwin c. RU*, n°17488/90), en paraît d'autant plus important.

Dans cette affaire, le CE s'est cependant retrouvé relativement limité par son office. En effet, lorsqu'il va procéder au contrôle de l'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté invoquée, le juge constate que les mesures n'ont pas « pour objet ou même pour effet » de priver les journalistes de toute visibilité et poursuivent un but légitime de protection de l'ordre public en ce qu'elles visent à assurer la sécurité de l'opération en cours et à protéger la dignité des personnes évacuées. Il est important de relever que le juge ne nous dit pas que l'installation des périmètres de sécurité ne constitue pas une atteinte à la liberté de la presse, il nous indique seulement qu'elle n'est pas de celle qu'il lui est permis de sanctionner dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article L521-2 du CJA.

Il nous est donc permis de penser que le choix de cette procédure de référé par les trois requérants n'était pas un choix judicieux, ni même nécessaire étant donné que les opérations d'évacuation étaient terminées.

Cependant, on peut être critique quant à l'interprétation du CE dans cette affaire. En effet, le juge, qui a fait le choix de considérer que la condition d'urgence était caractérisée en l'espèce, certainement pour pouvoir discuter de l'affaire au fond, a néanmoins choisi une approche très stricte de l'atteinte « grave et manifestement illégale ». En effet, sans priver les journalistes de toute visibilité sur les opérations de police qui étaient en train de se dérouler, la mise en place du périmètre a eu pour effet de la restreindre considérablement et donc d'altérer de manière conséquente la qualité des informations recueillies et transmises. Si elle n'est pas une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de la presse, il nous est permis de penser, au regard de ces éléments, qu'elle l'est à l'égard du droit d'informer le public.

Finalement, s'il avait choisi de fonder son ordonnance de rejet sur la non caractérisation de la condition d'urgence, le CE aurait laissé la porte ouverte à d'autres requêtes qui elles, auraient pu remplir cette condition. En jugeant que les périmètres de sécurité ne constituent pas une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de la presse, il ferme la porte à des potentiels recours qui se trouveraient confrontés à la même situation et encourage les préfetures dans cette dynamique d'exclusion de la presse des opérations sous tension.

En définitive, dans cette ordonnance, le CE fait une avancée dans la protection de la liberté de la presse en choisissant de la consacrer comme liberté fondamentale invocable dans le cadre du référé-liberté. Mais, pouvons-nous vraiment parler d'avancée concernant une liberté consacrée mais aussitôt limitée ?

Zoé Vandaële



Point de vue

Barbara Trenkmann

« Le paradoxe sur l'incidence de l'absence d'information du droit de se taire devant la Chambre de l'instruction »

Affaire : CE, Ord., 3 février 2021, 448721

I. - Textes

- Code de procédure pénale (ci-après CPP) : article préliminaire et les articles 80-1, 137, 144, 199, 567-1-1, R.49-33
- Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (ci-après C. Cons.) : article 23-5 alinéa 4
- Convention Européenne des Droits de l'Homme (ci-après Conv. EDH) : articles 5 §1 c) et 6

II. - Contexte

La présomption d'innocence est protégée, notamment, par le droit de ne pas s'auto-incriminer, dont l'une des facettes est le droit de se taire, mis en lumière par la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH) dans l'arrêt John Murray contre Royaume-Uni du 8 fév. 1996 n°18731/91 en vertu de l'article 6 Conv. EDH.

Ce droit doit être notifié à la personne mise en cause lorsqu'elle est amenée à être entendue, faire des déclarations ou répondre à des questions. Cela a d'abord concerné la garde-à-vue, la mise en examen puis l'audition libre d'un suspect, le défèrement devant le procureur de la République. La Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, transposant la Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012, qui impose l'information du droit de se taire, l'a ensuite généralisé à toutes les audiences de jugements.

L'affaire en cause achoppe sur ce point. M.X. mis en examen et placé en détention provisoire, a vu sa demande de mise en liberté rejetée par le juge des libertés et de la détention. En appel, il a été entendu par la Chambre de l'instruction (ci-après Ch. Instruction) sans être informé de son droit de se taire. La Ch. Instruction a confirmé l'ordonnance de rejet.

M.X. forme un pourvoi en cassation demandant l'annulation de l'arrêt de la Ch. Instruction en raison de l'absence de cette notification. À cette occasion, il pose

une question prioritaire de constitutionnalité (ci-après QPC) sur la conformité de l'article 199 du CPP aux droits et libertés constitutionnellement garantis dont les articles 9 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen et 34 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas la notification du droit de se taire devant la Ch. Instruction.

Dans la deuxième branche de son moyen, M. X., expose que l'absence de notification de son droit de se taire lors de l'audience devant la Ch. Instruction lui fait nécessairement grief et qu'il y a violation des articles 199 du CPP et 6 de la Conv. EDH.

Se pose donc la question de savoir si la personne mise en cause doit être informée du droit de se taire devant la Ch. Instruction statuant sur la détention provisoire mais aussi des incidences de l'absence d'une telle information.

III. - Analyse

Sur la première branche du moyen, la Cour décide de ne pas transmettre la QPC posée, en application de l'article R.49-33 du CPP. En effet, une QPC relative à l'article 199 CPP a déjà été transmise par un arrêt du 9 fév. 2021 (n°20-86-533) pour le même motif et cette dernière n'a pas encore été tranchée. L'article 23 alinéa 4 de l'ordonnance de 1958 impose à la Cour de cassation de surseoir à statuer dans ce cas, néanmoins ce principe connaît des exceptions en particulier lorsque l'intéressé est privé de liberté et qu'elle doit statuer dans un délai déterminé, ce qui est le cas en l'espèce. la Cour doit donc rendre sa décision sans surseoir à statuer. En outre, l'arrêt rappelle que l'intéressé pourra introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision à venir du Conseil constitutionnel.

Sur la deuxième branche du moyen, la Cour tire les conséquences procédurales de l'arrêt du 27 janv. 2021 (n°20-85.990). Dans cet arrêt, elle a considéré que la Ch. Instruction doit contrôler toutes les conditions de la détention provisoire (article 80-1 du CPP), elle doit donc apprécier s'il existe des indices de participation de la personne à l'infraction. L'intéressé peut alors être amené à faire des déclarations pouvant être prises en compte par les juridictions appelées à prononcer un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité. La Cour en déduit en conséquence que le droit de se taire doit être notifié lors de l'audience devant la Ch. Instruction (§16).

Néanmoins, la Cour estime qu'il faut distinguer entre le contentieux des mesures de sûreté et celui portant sur le bien-fondé de la mise en examen. Le premier amène à examiner si la détention constitue « l'unique moyen de parvenir à un ou plusieurs des objectifs » de l'article 144 du CPP, le second porte sur l'existence d'« indices graves ou concordants rendant vraisemblable (que la personne) ait pu participer (...) à la commission de l'infraction » (§13).

Compte tenu de cette distinction, la Cour nuance la portée du défaut de

notification du droit de se taire dans le cadre du contentieux de la détention provisoire : il n'affecte pas la régularité de la décision rendue en matière de mesure de sûreté (§18), qui ne peut donc être annulée pour ce motif. En revanche, en l'absence d'une telle information, les déclarations de l'intéressé ne pourront pas être utilisées à son encontre par les juridictions appelées à prononcer un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité (§19). Le pourvoi est donc rejeté.

IV. - Portée

Si c'est à bon droit que la Cour ne transfère pas la QPC et ne sursoit pas à statuer, la liberté du requérant étant en jeu, elle semble aussi anticiper une décision d'inconstitutionnalité. En effet, dans cette décision, elle opère un revirement de jurisprudence (Cass. Crim., 7 août 2019 n°19-83.508) en ce qu'elle impose la notification du droit de se taire lors des audiences de la Ch. Instruction en matière de détention provisoire.

La notification du droit de se taire est consacrée par la CEDH qui considère qu'il a « pour finalité (...) d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention » (V. en ce sens Navone et autres contre Monaco du 24 oct. 2013 n°62880/11, 62892/11 et 62899/11 §71) mais aussi par le droit de l'Union Européenne dont la Directive 2012/13/UE relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales a été transposée par la Loi du 27 mai 2014 précitée. Toutefois, cette dernière est incomplète puisque n'est pas prévue la notification du droit de se taire lors des audiences devant la Ch. Instruction en matière de détention provisoire. L'arrêt commenté comble cette lacune, en attendant la décision du Conseil constitutionnel, en imposant la notification de ce droit. Elle anticipe donc une décision d'inconstitutionnalité de l'article 199 du CPP.

Dans cette affaire, la Cour s'inspire notamment de sa jurisprudence relative aux audiences de jugement qui censure les audiences tenues sans notification du droit de se taire (V. en ce sens Cass. crim 8 juil. 2012, n°14-85.699).

En revanche, si le pourvoi soutenait que le défaut de notification du droit de se taire cause nécessairement un grief à l'intéressé et qu'ainsi la décision relative à la mesure de sûreté devait être annulée, la Cour estime que cette omission n'entache pas en soi d'irrégularité la décision rendue sur la mesure de sûreté. La Cour estime seulement que dans ce cas, les déclarations faites durant cette audience ne pourront pas être prises en compte pour renvoyer en jugement ou statuer au fond. Ceci atténue la portée de la consécration de la notification du droit de se taire.

La Cour scinde la portée du défaut de notification du droit de se taire entre les deux types de contentieux, bien qu'il s'agisse de la même personne et de faits identiques. Ce défaut n'a pas de portée sur la mesure de sûreté (en l'espèce la détention provisoire), qui ne peut être annulée au motif que le droit de se taire n'a pas été notifié, mais il en a une sur la motivation de la décision

de culpabilité, puisque la juridiction de jugement ne pourra pas utiliser les déclarations faites par le mis en examen lors de l'audience de la Ch. Instruction si le droit de se taire ne lui a pas été notifié.

La question se pose sur la conformité de la décision avec la présomption d'innocence, dont le respect est notamment garanti par la notification du droit de se taire. La décision du Conseil constitutionnel sur la QPC est donc attendue.

Barbara Trenkmann



Point de vue

Killian Tixador

« Extraterritorialité, enquête effective et banc de sable afghan : la Cour européenne des droits de l'Homme confrontée à la réalité des conflits armés »

Affaire : Cour EDH, GC, 16 février 2021, Hanan c. Allemagne, 4871/16

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'Homme, Art. 1 et 2

II. - Contexte

Dans un contexte où la France peine à attirer les États européens au sein de sa Task Force Takuba au Sahel, cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « Cour EDH ») relatif à l'extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « Convention EDH ») dans le cadre des conflits armés risque de rebuter les derniers États européens encore volontaires.

La présente affaire trouve son origine dans une frappe aérienne effectuée le 4 septembre 2009 en Afghanistan par des avions américains sur ordre allemand, et ce dans le cadre de la Force internationale d'assistance et de sécurité (ci-après « FIAS »), créée par le Conseil de sécurité des Nations Unies par sa résolution 1386 (2001) du 20 décembre 2001. Cette frappe a occasionné de nombreuses victimes – le bilan, incertain, estime leur nombre entre 14 et 142 – dont des civils.

Dans les jours suivant la frappe aérienne, une enquête est ouverte par les autorités allemandes afin de déterminer les éventuelles poursuites à engager contre les militaires allemands ayant ordonné cette frappe, et plus particulièrement contre le colonel K., commandant les troupes de la région. Cette enquête est clôturée en avril 2010 par le procureur général allemand, considérant qu'il n'existait pas de motifs suffisants justifiant que la responsabilité pénale des mis en cause soit engagée.

Le requérant, ressortissant afghan, père de deux victimes âgées de 8 et 12 ans, considère que ce litige relevait de la juridiction de l'Allemagne et que, dès lors, la Convention EDH avait vocation à s'appliquer, conformément à son article 1. Il

soutient également que l'enquête est entachée de manquements conduisant à son ineffectivité. De ce fait, il allègue une violation de l'article 2 de la Convention EDH garantissant le droit à la vie dans son volet procédural. Il est à souligner que le volet matériel de l'article 2 n'est pas invoqué par le requérant. Rappelons que l'article 2 encadre la possibilité pour les États parties de recourir à la force (volet matériel), mais également qu'en cas d'usage de force létale, l'état se doit d'enquêter sur la légitimité de cet usage (volet procédural). En d'autres termes, le requérant ne contestait non pas l'usage de la force ayant mené au décès de ses fils, mais le caractère effectif de l'enquête découlant de la frappe aérienne.

III. - Analyse

i - de la recevabilité de la requête

La compétence de la Cour EDH en l'espèce ne va pas de soi : les faits se sont produits en Afghanistan, du fait d'avions américains mais sur ordre allemand, et ce dans le cadre d'une coalition décidée par le Conseil de sécurité des Nations unies. De plus, la Cour EDH a déjà jugé, dans la fameuse décision *Bankovic* (affaire *Bankovic et autres c. Belgique*, n°52207/99, 12 décembre 2001), qu'une requête découlant de décès engendrés par une frappe aérienne d'un État partie sur le territoire d'un État non-partie à la Convention EDH était irrecevable. Elle considère en effet qu'une frappe aérienne est un acte instantané qui ne suffit pas à caractériser un contrôle effectif (et donc un lien juridictionnel) de l'État sur la cible. Dans l'affaire qui nous concerne, la différence majeure consiste en ce que l'Allemagne ne se contente pas d'opérations aériennes, mais dispose également de troupes au sol, susceptibles d'exercer ce contrôle effectif. De plus, la Cour avait précisé à l'occasion de *Bankovic* que des justifications spéciales pouvaient mener à l'établissement d'un lien juridictionnel conduisant à appliquer la Convention EDH (§61, affaire *Bankovic* précitée). Depuis, la Cour a admis à certaines occasions et dans des circonstances précises que la Convention EDH pouvait s'appliquer de manière extraterritoriale.

Le requérant, pour soutenir la recevabilité de sa requête, se fonde sur la jurisprudence *Güzelyurtlu* (§§ 188-189 et 196, affaire *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* n°36925/07, 29 janvier 2019). Selon celle-ci, le simple fait qu'une enquête ait été ouverte pour enquêter sur des décès survenus en dehors de la juridiction territoriale de l'État suffit à créer un lien juridictionnel aux fins de l'article 1 (§115). Le requérant avance également la théorie des « circonstances propres » (§190, affaire *Güzelyurtlu* précitée et §§ 243-244, affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, n°25965/04, 7 janvier 2010) selon laquelle, même en l'absence d'enquête, il est possible d'établir ce lien juridictionnel en fonction des particularités de l'affaire (§117).

Le gouvernement, à l'inverse, soutient que la requête est irrecevable. En application, entre autres, de la jurisprudence *Behrami et Behrami c. France* (affaire *Behrami et Behrami c. France*, n°71412/01, 2 mai 2007), il relève que les opérations militaires menées sous l'autorité du Conseil de sécurité ne sont

pas attribuables aux États parties (§103). Il reconnaît néanmoins que des « circonstances propres » peuvent permettre l'établissement du lien juridictionnel, mais que celles-ci sont absentes en l'espèce (§113). Surtout, il ne souscrit pas au parallèle avec l'affaire *Güzelyurtlu* : celle-ci visait à combler un vide juridique, qui n'est pas présent en l'espèce du fait de l'obligation d'enquête posée tant par le droit interne allemand que par le droit international humanitaire (ci-après « DIH ») (§108). Des tiers intervenants, notamment les gouvernements britannique et français, expriment leur crainte d'un élargissement trop important de l'applicabilité de la Convention EDH et de l'effet dissuasif que cela pourrait avoir sur les États parties (§125).

Par 14 voix contre 3, la Grande Chambre va donner raison au requérant, et déclare la requête recevable. Cependant, elle écarte le principe posé par la jurisprudence *Güzelyurtlu*, arguant d'une trop grande différence entre les deux affaires (§135). Elle tient ici compte des remarques faites par les tiers intervenants. Dès lors, elle décide de rattacher le lien juridictionnel à l'existence de « circonstances propres » (§136). Pour ce faire, la Cour en identifie trois : d'abord, l'Allemagne était tenue d'enquêter en vertu du DIH (§137), ensuite, l'Allemagne était la seule juridiquement compétente pour ouvrir une telle enquête en vertu de l'accord international sur le statut des forces de la FIAS (§138), et enfin, l'Allemagne était tenue d'enquêter en vertu de son droit interne, ayant transposé des obligations découlant de son adhésion à la Cour Pénale Internationale via le statut de Rome dans son code de procédure pénale (§139).

ii - de l'effectivité de l'enquête

Concernant la violation alléguée du volet procédural de l'article 2, le requérant estime que l'enquête n'a pas été conduite par des personnes suffisamment indépendantes, que les témoignages recueillis n'accréditaient qu'une seule version des faits, que l'enquête n'a pas respecté l'obligation de célérité et de promptitude, et enfin qu'il n'a pas été suffisamment associé à l'enquête (§157). Ces allégations sont réfutées en tout point par le gouvernement (§§ 174-189).

La Cour, réunie en sa Grande Chambre, considère à l'unanimité des 17 juges qu'il n'y a pas eu de violation du volet procédural de l'article 2. Ainsi, si elle retient des manquements (§§223, 225, 229), elle rappelle qu'il convient d'apprécier les obligations procédurales découlant de l'article 2 de manière réaliste, conformément à une jurisprudence antérieure (affaire *Al-Skeini* et autres c. Royaume-Uni, n°55721/07, §168, 7 juillet 2011), c'est-à-dire en prenant en compte les faits de l'espèce et, en l'occurrence, les hostilités actives dans le cadre d'un conflit armé (§200). Elle est ainsi disposée à passer outre les manquements et imprécisions de l'enquête, et ce même si ces obligations sont d'ordinaire qualifiées d'essentielles (§§218, 223).

IV. - Portée

Si cette jurisprudence ne conduit pas par principe à conclure à l'applicabilité de

la Convention EDH dans tous les conflits armés extraterritoriaux impliquant des États parties, les critères retenus pour caractériser des « circonstances propres » sont si larges qu'elle soulève néanmoins de nombreuses interrogations.

Tout d'abord, s'ils suivent la majorité en ce qu'elle constate une non-violation de l'article 2, les juges Grovez, Ranzoni et Eicke, dans une opinion partiellement dissidente, soutiennent que la Cour EDH n'aurait pas dû déclarer la requête recevable. Ils retiennent que pour parvenir à établir un lien juridictionnel dans le cadre d'une violation de l'article 2 en son volet procédural, la Cour EDH a jusqu'alors suivi le raisonnement tel que systématisé dans sa jurisprudence *Ukraine c. Russie* (§8 – opinion dissidente) (*affaire Ukraine c. Russie (Crimée)*, n° 20958/14 et 38334/18, 16 décembre 2020). Selon ces juges, appliquer ce raisonnement au cas de l'espèce reviendrait à conclure à l'irrecevabilité de la requête.

En retenant ici les « circonstances propres », la Cour EDH parvient à déclarer la requête recevable, mais uniquement après avoir opéré un bricolage juridique conséquent : les « circonstances propres » prévues aux affaires *Guzelyurtly et Rantsev* précitées proviennent d'affaires dont les faits sont bien différents et nullement comparables au cas de *Hanan c. Allemagne* (§11). Ainsi, ces affaires faisaient craindre un vide juridique, crainte infondée en l'espèce puisque le DIH tend ici à s'appliquer. Qui plus est, la Cour EDH refuse de définir in abstracto cette notion de « circonstances propres » (§132 – *Hanan*). Ce faisant, elle conserve la possibilité d'adapter cette notion à sa guise, afin d'habiller juridiquement des décisions prises discrétionnairement.

Au-delà de la théorie, les « circonstances propres » retenues dans l'affaire qui nous concernent sont également problématiques. En effet, l'obligation d'enquêter en vertu du DIH et du droit interne ne sont absolument pas propres à l'Allemagne et au contexte afghan. Au contraire, la majorité des États parties à la Convention EDH sont également soumis à ces obligations (§§ 21, 23 – opinion dissidente). La troisième circonstance, relative à la FIAS, pourrait passer pour propre au contexte afghan. Néanmoins, la Cour le reconnaît elle-même, il s'agit là d'une pratique normalement suivie dans le cadre de missions militaires menées sous mandat des Nations unies (§138).

Dès lors, il semblerait que ces circonstances propres, du fait de leur caractère général, puissent s'appliquer à d'autres conflits que le conflit afghan dans le cadre de la FIAS. Au lieu d'appliquer le principe voulant qu'en cas d'ouverture d'enquête, le lien juridictionnel est acquis, ce qui était la crainte des tiers intervenants, la Cour en invente un nouveau ayant exactement le même effet : un élargissement démesuré de la Convention EDH en cas de conflits armés extraterritoriaux.

La pertinence de cet élargissement doit également être débattue. Si d'aucuns souhaitent voir s'appliquer la Convention EDH d'ordinaire, cela s'explique par la protection accrue des droits et libertés qu'elle est susceptible de fournir. Néanmoins, dans le cas de l'espèce, la Cour a constaté et regretté des

manquements – parfois essentiels – au volet procédural de l'article 2 sans pour autant les condamner, arguant de la spécificité des conflits armés. À quoi bon le passe-passe juridique opéré quant à la recevabilité de la requête si, en définitive, la Cour ne protège pas davantage que la *lex specialis* en la matière, à savoir le DIH ? Si cette jurisprudence semble apporter une insécurité juridique du fait de l'utilisation de critères flous et généralistes, elle semble, malgré la conclusion de cette affaire, témoigner de la volonté de la Cour EDH d'ouvrir la voie à un standard de protection accrue lors d'opérations militaires extraterritoriales menées par les États parties.

Killian Tixador



Point de vue

Mélissa Brouard

« Le contrôle rigoureux de l'usage de la force policière à l'aune de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme »

Affaire : Cour EDH, 18 février 2021, P.M. et FF. c. France, 60324/15

I. - Textes

- Convention européenne des droits de l'Homme : article 3

II. - Contexte

Alors que les dénonciations de violences policières trouvent un écho important en France, il était attendu que la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) se prononce en la matière. À l'origine de cette affaire, deux frères interpellés en état d'ébriété pour des faits de dégradations de biens privés. Placés en chambre de sûreté puis en garde à vue, ils bénéficient au total de quatre examens médicaux qui attestent de leurs blessures.

Après avoir déposé plainte auprès du procureur de la République, l'inspection générale des services (ci-après IGS) est saisie pour mener une enquête. Elle rejette les allégations des deux frères et le parquet classe l'affaire sans suite. La Commission nationale de déontologie de la sécurité (ci-après CNDS) est également saisie. Elle statue dans le même sens que l'IGS. Le 17 mars 2008, les deux individus déposent une plainte avec constitution de partie civile à l'encontre des policiers impliqués dans leurs blessures. Le juge d'instruction rend une ordonnance de non-lieu. La chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris confirme l'ordonnance du juge d'instruction. Enfin, la Cour de cassation rejette le pourvoi des deux demandeurs.

III. - Analyse

Alléguant d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après Conv EDH) relatif à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, les requérants introduisent leurs requêtes devant la Cour de Strasbourg au titre des blessures infligées par les policiers, de l'absence d'explications convaincantes des autorités nationales et des décisions juridictionnelles adoptées à la suite de leurs plaintes. Ils soutiennent qu'aucune explication plausible n'a été fournie quant à l'origine de leurs blessures, estimant

l'usage de la violence physique disproportionné et non nécessaire.

Or, selon le Gouvernement, une enquête effective a été menée aux fins de déterminer l'origine des blessures. Se retranchant derrière l'état d'ébriété et d'agressivité des requérants, le Gouvernement considère que les blessures résultaient d'un usage de la force légitime proportionné et nécessaire.

Concernant le volet matériel de l'article 3 de la Conv EDH relatif à la prohibition des mauvais traitements, la Cour de Strasbourg renvoie vers sa jurisprudence sur les personnes placées sous le contrôle des forces de police (§81 et suivants de l'arrêt Cour EDH, GC, 28 septembre 2015, Bouyid c. Belgique, 23380/09). Considérant tout d'abord que les blessures apparaissent d'une gravité suffisante pour tomber sous le coup de l'article 3, la Cour EDH estime donc devoir se livrer à un examen particulièrement attentif des circonstances de l'affaire. Or, se refusant le rôle d'un juge de fait, la Cour renvoie à sa jurisprudence Cour EDH 30 juillet 2020, Castellani c. France, 43207/16, §65 en notant qu'elle ne s'écartera des constatations de faits des juges nationaux que si elle est en possession de données convaincantes à cet effet. Rappelant qu'il revient au Gouvernement de fournir des explications satisfaisantes pour justifier des blessures subies, elle met ensuite en exergue la cohérence du récit du Gouvernement en contraste avec les imprécisions et contradictions des allégations des requérants. Dès lors, elle estime ne pas avoir à se départir des appréciations factuelles des juridictions nationales selon lesquelles les requérants ont fait l'objet d'un recours à la force strictement nécessaire (§88).

Quant au volet procédural de l'article 3 de la Conv EDH relatif à l'obligation pour l'État de mener une enquête effective en cas d'allégations de mauvais traitements, la Cour EDH rappelle sa jurisprudence relative aux principes généraux applicables à l'obligation procédurale d'enquête (Bouyid c. Belgique, §116 et suivants). Reprenant les conditions d'effectivités de l'obligation d'enquête, la Cour EDH les applique au cas d'espèce. Soulignant ainsi que les critiques des requérants ne portent que sur le sens des décisions adoptées par les juridictions nationales, la Cour EDH estime que les investigations menées et les décisions prises, tant par l'IGS, le juge d'instruction ou par la CNDS, l'ont été de façon diligente, rapide, minutieuse, indépendante et contradictoire (§72).

Rejetant les allégations des requérants, la Cour EDH conclut à la non-violation de l'article 3 de la Conv EDH.

IV. - Portée

Le décès de George Floyd à Minneapolis le 25 mai 2020 a eu un retentissement mondial. Rivant les yeux de tous sur les dérives de l'usage de la force policière, il ressortait d'ores et déjà de l'arrêt Castellani c. France que la réalité française ne fait pas exception en la matière.

Rappelant que l'article 3 de la Conv EDH consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques et ne souffre d'aucune dérogation, l'arrêt rendu ce 18

février 2021 à l'unanimité confirme la volonté déjà bien établie de la Cour EDH d'exercer un contrôle entouré de garanties fortes afin de lutter contre les violences policières. À ce titre, plusieurs éléments sont mis en exergue. En effet, une protection particulièrement renforcée est instaurée pour les personnes privées de liberté. Ainsi, lorsqu'un individu est confronté à des agents de forces de l'ordre, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue une violation du droit garanti par l'article 3 de la Conv EDH (§88 de l'arrêt Bouyid c. Belgique).

Se plaçant à la frontière d'un rôle de quatrième juge de fait, la Cour EDH procède à une appréciation casuistique eu égard aux critères de proportionnalité et de nécessité de l'usage de la force policière, critères déjà dégagés par de nombreux arrêts (par exemple Cour EDH, 16 février 2016, Govedarski c. Bulgarie, 34957/12, §51)

Outre son examen approfondi quant au respect du volet matériel de l'article 3, l'arrêt rendu le 18 février 2021 s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour EDH quant au volet procédural. D'une part, eu égard à la difficulté pour les victimes d'apporter la preuve de ces violences, la Cour EDH confirme ses jurisprudences instaurant un renversement de la charge de la preuve et une présomption de fait en faveur des victimes (Cour EDH GC 27 juin 2000 Salman c. Turquie 21986/93 §100). C'est donc au Gouvernement de prouver que le recours à la force était proportionné et rendu nécessaire par les circonstances de l'espèce (Bouyid c. Belgique, Castellani c. France). D'autre part, les États sont soumis à une obligation d'enquête effective. À l'aune de l'article 3 de la Conv EDH, la Cour EDH estime devoir exercer un examen particulièrement attentif des conclusions des juridictions nationales, pouvant prendre en compte la qualité de la procédure interne et toute déficience propre à vicier le processus décisionnel (Bouyid c. Belgique §85). On peut cependant trouver décevant, qu'à la lumière de ces critères exigeants, la Cour EDH n'ait pas conclu à certaines insuffisances du système français notamment eu égard à l'IGS, institution régulièrement critiquée pour sa réticence à reconnaître la responsabilité des policiers, comme cela a pu être le cas par une déclaration publique d'Amnesty International du 16 décembre 2020.

Ainsi, alors même que les dénonciations de violences policières sont très courantes en France, la justice française peine pourtant à prononcer des décisions en faveur des victimes. À cet égard, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi de la famille de Lamine Dieng, mort asphyxié dans un fourgon de police (Cour de cassation, chambre criminelle, 28 juin 2017, 15-84.326). Ayant introduit une requête devant la Cour EDH, un règlement amiable a finalement été trouvé entre l'État français et la famille du défunt (Cour EDH, 4 juin 2020, Ramata Dieng et autres c. France, 1560/18). Il est cependant regrettable que la Cour de Strasbourg n'ait pas eu à se pencher sur le fond de l'affaire, laissant ainsi persister les dérives policières en France.

Melissa Brouard

