

# Titre VII

## Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET JURISPRUDENCE DE LA CEDH

N° 3 - octobre 2019

# Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH

Écrit par



[Hélène SURREL](#)

Professeure, Sciences Po Lyon, CEE-EDIEC, EA  
4185

Se proposant de mettre en perspective les jurisprudences européenne et constitutionnelle, la présente chronique concerne les décisions QPC rendues entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 30 juin 2019.

## I. DROITS PROCÉDURAUX ET LÉGALITÉ CRIMINELLE

Les décisions commentées intéressent à la fois la détermination du champ d'application des garanties et leur substance.

### Champ d'application des garanties

Deux décisions QPC attestent d'une appréhension plus généreuse par le juge constitutionnel que par la Cour européenne du champ d'application de certaines garanties.

La décision n° 2019-781 QPC, *M. Grégory M.*, du 10 mai 2019 fait résolument écho à la jurisprudence de la Cour européenne qui a été pionnière lorsqu'il s'est agi d'imposer aux Etats parties à la CEDH le respect de garanties prévues par l'article 6 § 1 au contentieux disciplinaire, généralement caractérisé par des règles procédurales bien peu favorables aux personnes mises en cause. Mais, ici, le niveau de protection consacré par le Conseil semble plus protecteur que celui garanti par la CEDH.

La Cour européenne a tout d'abord jugé l'article 6 § 1, en matière civile, applicable à des contentieux disciplinaires devant des juridictions ordinaires dès lors que les sanctions encourues mettaient en cause le droit d'exercer une profession<sup>(1)</sup>. C'est donc avant tout le volet civil de cette disposition qui est en cause en ce domaine. Le principe de l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la CEDH au contentieux de la fonction publique a, en effet, été affirmé après plusieurs revirements de jurisprudence<sup>(2)</sup>. Aussi ce dernier est-il applicable aux procédures disciplinaires frappant des agents de la fonction publique à l'instar de magistrats<sup>(3)</sup> ou d'enseignants<sup>(4)</sup>. Toutefois, l'application de l'article 6 § 1 peut, par exception, être écartée si le droit national « exclut l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question » et si « l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial » de confiance et de loyauté entre l'agent et l'Etat employeur<sup>(5)</sup>. Dès lors, certains contentieux disciplinaires ne sont pas assortis du respect des garanties du droit à un procès équitable<sup>(6)</sup>.

Par ailleurs, si les poursuites disciplinaires n'entrent pas, en principe, dans le champ d'application de l'article 6 § 1, dans son volet pénal<sup>(7)</sup>, cette

disposition est, néanmoins, jugée applicable à certaines sanctions particulièrement lourdes frappant des militaires<sup>(8)</sup> ou des détenus<sup>(9)</sup> ou encore à un contentieux mixte, mi-pénal, mi-disciplinaire<sup>(10)</sup>. En la matière, le juge européen prend en compte la gravité de la sanction<sup>(11)</sup>.

Dans la décision QPC commentée, l'article 3 de l'ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire - dans sa rédaction résultant de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 -, est jugé contraire à l'article 16 de la DDHC en ce qu'il prive un agent, « qui prend part à une cessation concertée du service ou à tout acte collectif d'indiscipline caractérisée, lorsque ces faits sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public », du bénéfice du principe du contradictoire alors même qu'est en cause une « sanction ayant le caractère d'une punition » (§ 5).

Cette décision démontre, si cela était encore nécessaire, la pertinence du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en présence de dispositifs normatifs bien peu protecteurs des droits des intéressés.

Par ailleurs, la décision n° 2019-783 QPC, *M. Nicolas S.*, du 17 mai 2019 atteste d'une approche différente des juges constitutionnel et européen en ce qui concerne l'application de certaines garanties au contentieux relatif au dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle.

En vertu des deux premiers alinéas du paragraphe II de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 (dans sa rédaction résultant de la loi organique n° 2012-272 du 28 février 2012) et de l'article L. 52-11 du code électoral, les candidats à l'élection du Président de la République sont tenus, au cours de la campagne, de respecter un plafond des dépenses électorales.

Lorsque la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) constate un dépassement de ce plafond par un candidat, celui-ci est tenu de verser au Trésor public une somme égale à son montant (article 3 de la loi du 6 novembre 1962 § II, alinéa 6). Par ailleurs, en vertu du renvoi opéré par l'article 3, § II, alinéa 1, de la loi du 6 novembre 1962 au 3° du paragraphe I de l'article L. 113-1 du code électoral (dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000), le candidat ayant dépassé le plafond des dépenses électorales encourt également une amende de 3 750 euros et une peine d'emprisonnement d'un an<sup>(12)</sup>.

Ici, le requérant arguait que les dispositions en jeu permettaient donc des poursuites et des sanctions pénales à l'égard de candidats à l'élection présidentielle ayant déjà été sanctionnés financièrement pour des faits identiques de dépassement du plafond des dépenses électorales par la CNCCFP et, en cas de recours, par le Conseil constitutionnel.

Alors que le juge de Strasbourg a considéré, non sans susciter la critique pour le premier aspect, que les sanctions infligées à la suite de pareil dépassement ne constituait ni une « contestation sur des droits et des obligations de caractère civil », ni une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 § 1<sup>(13)</sup>, le Conseil, appelé à déterminer si le cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle méconnaissait le principe de nécessité des délits et des peines, considère, ici, que la sanction financière - décidée par la CNCCFP ou le Conseil constitutionnel - susceptible d'être cumulée avec une sanction pénale *stricto sensu* est une « sanction ayant le caractère d'une punition », ce qui emporte l'applicabilité de l'article 8 de la Déclaration. Or, dans l'affaire précitée *Pierre-Bloch*, la Cour européenne avait non seulement considéré que le droit en cause était un droit « politique » et non civil, l'« enjeu patrimonial » de la procédure ne suffisant pas à emporter l'applicabilité de l'article 6 § 1 mais elle avait, en outre, estimé que n'était pas en cause en cause une « accusation en matière pénale » (§§ 50-51). En l'espèce, le requérant n'avait pas été sanctionné sur le fondement de l'article L. 1131 du code électoral mais avait été déclaré inéligible pendant un an et démissionnaire d'office et avait été tenu de verser au Trésor public une somme égale au montant du dépassement des dépenses électorales.

Faisant application des critères de la « matière pénale », dégagés dans l'arrêt précité *Engel et a.* (§ 82), le juge européen considère donc que les « sanctions » en jeu ne relèvent pas de la « matière pénale ». Il estime, en premier lieu, que « ni la nature ni le degré de sévérité » de l'inéligibilité, « peine 'accessoire' ou 'complémentaire', qui s'ajoute à certaines peines prononcées par les juridictions répressives » et d'une durée limitée à un an, « ne placent la question dans la sphère 'pénale' ». Il analyse, en second lieu, l'obligation de verser une somme égale au montant du dépassement comme « un versement à la collectivité de la somme dont le candidat en cause a indûment tiré avantage pour solliciter les suffrages de ses concitoyens » et juge « qu'elle se rattache de la sorte elle aussi aux mesures destinées à assurer le bon déroulement des élections législatives et en particulier l'égalité des candidats ». Et d'ajouter qu'en outre le fait que la somme exigible ne soit pas déterminée préalablement, d'autres éléments la distinguent d'une amende pénale : l'absence d'inscription au casier judiciaire, l'absence de soumission au principe du non-cumul des peines et le fait que l'absence de paiement n'autorise pas l'exercice de la contrainte par corps. Aussi l'article 6 § 1, dans son volet pénal est-il inapplicable (§§ 56-59).

Dans la décision *Nicolas S.*, le Conseil constitutionnel, plus audacieux sur le terrain de l'applicabilité, écarte, cependant, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la DDHC, considérant que « les deux répressions prévues par les dispositions contestées relèvent de corps de

règles qui protègent des intérêts sociaux distincts aux fins de sanctions de nature différente » (§ 14). Une pénalité financière et une peine d'emprisonnement sont bien des sanctions de nature différente. En outre, alors que s'agissant de la première, qui revêt « un caractère systématique » et dont le montant est égal au dépassement du plafond des dépenses électorales, « le législateur a entendu assurer le bon déroulement de l'élection du Président de la République et, en particulier, l'égalité entre les candidats au cours de la campagne électorale », « en instaurant une répression pénale des mêmes faits, qui exige un élément intentionnel et permet de tenir compte des circonstances de l'infraction et d'adapter la sévérité de la peine à la gravité de ces faits », il a, en revanche, « entendu sanctionner les éventuels manquements à la probité des candidats et des élus » (§ 12).

A cet égard, le Service juridique du Conseil relève qu'il s'agit de la première utilisation explicite, aux fins d'établir la différence entre deux dispositifs de poursuite, du critère relatif aux intérêts sociaux protégés, qui, jusqu'alors, n'avait été « mis en œuvre que pour assimiler à des sanctions quasi-pénales les pouvoirs de sanction pécuniaire confiés à l'AMF ou certaines sanctions prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière »<sup>(14)</sup>. Mais, dans cette perspective, la qualification de « sanction ayant le caractère d'une punition » interrogé<sup>(15)</sup>. Affirmer que les intérêts sociaux protégés diffèrent ne revient-il pas à considérer qu'une telle sanction n'est pas en cause ?

## Droits garantis

La précédente chronique avait conduit à mettre plus particulièrement l'accent sur la volonté commune des juges constitutionnel et européen de veiller à la préservation des droits procéduraux des mineurs en tenant compte de leur vulnérabilité<sup>(16)</sup>. La décision 2018-762 QPC, *M. Berket S.*, du 8 février 2019, confirme bien cette exigence et la recherche de l'effectivité des garanties procédurales, le Conseil jugeant le régime d'audition libre des mineurs dans le cadre d'une enquête de flagrance (article 61-1 du code de procédure pénale (CPP)) contraire au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs, les garanties prévues ne suffisant pas « à assurer que le mineur consente de façon éclairée à l'audition libre ni à éviter qu'il opère des choix contraires à ses intérêts » (§ 5)<sup>(17)</sup>.

Plus globalement, les décisions commentées apportent la confirmation que la garantie constitutionnelle des droits procéduraux est en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, si l'on excepte, toutefois, l'absence de consécration du principe *non bis in idem* et l'application de critères différents en matière de cumul de poursuites et de sanctions pour de mêmes faits (*supra*, décision précitée n° 2019-783 QPC, *M. Nicolas S.*). Mais, dans l'affaire *Nodet c/ France* (6 juin 2019), où était en cause le cumul de sanctions de l'AMF et de sanctions pénales, la France n'a pas fait valoir sa réserve à l'article 4 du Protocole 7, évitant ainsi le contrôle de sa validité (§ 35). La Cour constate une violation de cette disposition, la législation en cause étant celle antérieure aux modifications opérées par la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, à la suite des décisions QPCM. *John L. et a.*<sup>(18)</sup>.

Les décisions commentées intéressent la garantie des droits, le droit à un recours juridictionnel effectif, l'égalité devant la justice et le principe de nécessité des peines combiné avec la garantie des droits.

### *Garantie des droits*

Vingt ans déjà que l'arrêt *Zielinski et Pradal et Gonzalez et a. c/ France* (gr. ch., 28 octobre 1999) provoquait une déflagration, la Cour européenne y considérant qu'une loi de validation, jugée conforme à la Constitution, était contraire à l'article 6 § 1, la validation en cause n'étant pas justifiée par un « motif impérieux d'intérêt général ». Mais l'interprétation du Conseil est désormais en harmonie avec le standard conventionnel, ce que confirme la décision n° 2019-776 QPC, *Société Engie*, du 19 avril 2019.

En l'espèce, la requérante estimait que la validation, opérée par le premier alinéa du paragraphe II de l'article L. 452-3-1 du code de l'énergie<sup>(19)</sup>, des conventions relatives à l'accès aux réseaux d'électricité conclues entre les gestionnaires de réseaux de distribution - mentionnés à l'article L. 111-52 du code de l'énergie - et les fournisseurs d'électricité, violait l'article 16 de la Déclaration en l'absence de « motif impérieux d'intérêt général ». Mais le législateur avait bien limité le champ d'application de la portée de la validation en lien avec l'objectif poursuivi qui était de « mettre un terme ou de prévenir les litiges indemnitaires engagés ou susceptibles de l'être » sur le fondement de la décision du Conseil d'Etat du 13 juillet 2016 par laquelle ce dernier avait jugé que les stipulations des contrats conclus entre le gestionnaire de réseau et les fournisseurs d'électricité ne devaient pas laisser à la charge de ces derniers les coûts qu'ils supportaient pour le compte du gestionnaire de réseau (§ 6)<sup>(20)</sup>. Les conventions en jeu n'étaient, en effet, « validées que dans la mesure où elles seraient contestées par le moyen tiré de ce qu'elles imposent aux fournisseurs la gestion de clientèle pour le compte des gestionnaires de réseaux ou laissent à la charge des fournisseurs tout ou partie des coûts supportés par eux pour la gestion de clientèle effectuée, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi » (§ 7). Par ailleurs, le législateur avait aussi expressément réservé les décisions de justice passées en force de chose jugée. Mais le Conseil devait aussi s'assurer que l'atteinte aux droits des parties résultant de la validation en jeu était bien justifiée par un motif impérieux d'intérêt général. Or, il estime qu'« eu égard aux conséquences financières susceptibles

de résulter des litiges visés par la validation et à leur répercussion sur le coût de l'électricité acquitté par l'ensemble des consommateurs », l'atteinte portée aux droits des fournisseurs d'électricité ayant conclu les conventions validées était justifiée par un motif impérieux d'intérêt général (§ 11). Il s'agissait, en effet, pour le législateur de prévenir « les conséquences financières pour les gestionnaires de réseaux et, indirectement, les consommateurs, susceptibles de résulter du remboursement des frais de gestion de clientèle mis à la charge des fournisseurs d'électricité » (§ 8).

Après avoir relevé que l'incertitude quant au montant exact du risque financier global était inhérente aux procédures en cours ou à celles susceptibles d'être introduites dans la mesure où les fournisseurs d'électricité connaissaient des situations différentes - soit étant soumis aux tarifs réglementés de vente, soit décidant eux-mêmes des prix qu'ils pratiquent -, le Conseil constitutionnel estime que, les gestionnaires de réseaux publics de distribution d'électricité, investis d'une mission de service public, étant rémunérés sur la base du tarif prévu à l'article L. 341-2 du code de l'énergie, « le remboursement des frais de gestion, qui fait l'objet des litiges soumis à la validation contestée, serait susceptible de provoquer un renchérissement de ces tarifs, qui se répercuterait sur le prix payé par les consommateurs finaux d'électricité » (§ 10). Le but poursuivi par le législateur était donc double. La loi ne prévoyant pas la rémunération des fournisseurs d'électricité pour les services effectués dans le cadre du contrat unique, les coûts en jeu étant, dès lors, intégrés dans les coûts facturés aux clients, l'objectif était d'éviter que ces derniers ne puissent bénéficier pour le passé du nouveau dispositif et d'aboutir « à une double rémunération » des fournisseurs et donc à « un effet d'aubaine important », mais aussi d'empêcher que le consommateur n'en supporte le coût *via* une hausse des tarifs <sup>(21)</sup>. Or, si pour la Cour de Strasbourg, un motif financier, comme la volonté de préserver les finances de l'Etat, ne constitue pas, *per se*, un « motif impérieux d'intérêt général », certains objectifs comportant une dimension financière, constituent, toutefois, de tels motifs. Ainsi admet-elle qu'il peut être légitime pour le législateur de chercher à éviter un « effet d'aubaine » pour des acteurs privés <sup>(22)</sup>.

Enfin, de manière atypique, le juge constitutionnel, qui ne se place pas généralement sur le terrain du droit de propriété, répond également au moyen tiré d'une atteinte portée à ce droit, considérant, ici, qu'au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, les conventions validées n'emportent pas sa violation (§ 12). Le juge européen, quant à lui, est susceptible de contrôler les dispositifs rétroactifs au regard non seulement de l'article 6 § 1 mais aussi simultanément de l'article 1 du Protocole 1, ou du seul droit de propriété <sup>(23)</sup>.

#### *Droit à un recours juridictionnel effectif*

On le sait, la Cour européenne a, dès l'arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975, œuvré en faveur de la généralisation du droit à un recours effectif et, plus particulièrement, pour que les personnes privées de liberté bénéficient de pareille garantie. Ce droit est principalement garanti sur le fondement de l'article 6 § 1, de l'article 13 invoqué en lien avec une allégation défendable de violation d'un droit substantiel ou encore, dans le cadre du mouvement de *procéduralisation* des droits, être inhérent à un droit substantiel comme le droit au respect de la vie privée et familiale. Mais évidemment, des limitations à l'exercice du droit d'accès à un tribunal sont possibles à condition, toutefois, qu'existe un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime visé <sup>(24)</sup>. Le Conseil adopte une approche analogue, dans la décision n° 2019-777 QPC, *M. Bouchaïd S.*, du 19 avril 2019, lorsqu'il considère que la caducité de la requête introductive d'instance, en matière de contentieux de l'urbanisme, en l'absence de production des pièces nécessaires au jugement porte une atteinte disproportionnée au droit de recours au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, ici la volonté de limiter les recours dilatoires (§ 8). Il est vrai que la jurisprudence européenne relative au droit d'accès à un tribunal semble avoir particulièrement influencé celle du juge constitutionnel.

A cet égard, deux décisions constatant une méconnaissance de l'article 16 de la DDHC témoignent bien de cette convergence des standards européen et constitutionnel à propos de recours intéressant l'exercice du droit au respect de la vie familiale. Alors que le Conseil avait précédemment estimé que l'absence de voie de recours permettant de contester la décision par laquelle l'autorité judiciaire refuse de délivrer un permis de visite aux proches d'un détenu prévenu ou d'autoriser celui-ci à téléphoner méconnaissait le droit à un recours juridictionnel effectif <sup>(25)</sup>, il constate, dans la décision n° 2019-791 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, du 21 juin 2019, que l'absence de possibilité de contester le refus opposé à une demande d'autorisation de sortie sous escorte formée par une personne placée en détention provisoire, sur le fondement de l'article 148-5 du CPP méconnaît, au regard de ses conséquences, l'article 16 de la DDHC (§ 9) <sup>(26)</sup>. Or, dans l'affaire *Schemkamper c/ France* (18 octobre 2005), le juge européen n'avait-il pas sanctionné l'absence de recours effectif à l'encontre de l'ordonnance du juge de l'application des peines refusant une permission de sortie au requérant qui souhaitait voir son père malade. A l'époque, c'est-à-dire avant la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, pareille décision constituait, en effet, une mesure d'administration judiciaire, insusceptible de faire l'objet d'un recours (§§ 42-44).

Concernant, par ailleurs, la question de savoir si la contestation du refus opposé à une demande d'autorisation de sortie sous escorte formée par une personne condamnée, sur le fondement de l'article 723-6 du CPP, est possible, le juge constitutionnel estime, aux fins de garantir l'effectivité du droit de recours, qu'« il appartient au juge de tenir compte de l'éventuelle urgence de la demande pour rendre une décision avant l'expiration du délai de deux mois » prévu (§ 12). La décision implicite de rejet de la demande du juge de l'application des peines, qui naît à l'issue d'un délai de deux mois, est, en effet, susceptible de faire l'objet d'un recours devant le président de la chambre de l'application des peines (articles 712-1 et 712-12

du CPP). Cette exigence fait particulièrement écho à la jurisprudence européenne qui exige que le recours soit concrètement effectif c'est-à-dire de nature à permettre d'empêcher la violation ou sa continuation ou de fournir à l'intéressé un redressement approprié de la violation qu'il a subie <sup>(27)</sup>.

La décision n° 2018-763 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, du 8 février 2019, traduit également la volonté du Conseil de garantir l'effectivité du droit de recours. Ici, la requérante pointait notamment l'absence de voie de recours permettant à un détenu prévenu de contester l'avis conforme par lequel l'autorité judiciaire peut s'opposer au bénéfice du rapprochement familial prévu par l'article 34 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 aux termes duquel « Les prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant la juridiction de jugement peuvent bénéficier d'un rapprochement familial jusqu'à leur comparution devant la juridiction de jugement ».

En la matière, le Conseil d'Etat considère que la décision administrative relative au rapprochement familial est nécessairement subordonnée à l'accord du magistrat judiciaire saisi du dossier de la procédure. Mais, s'il appartient au juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision de refus de rapprochement familial, d'exercer un contrôle de légalité sur celle-ci, il ne lui revient pas de contrôler la régularité et le bien-fondé de l'avis défavorable du magistrat judiciaire susceptible d'en constituer le fondement <sup>(28)</sup>. Aussi, dans la mesure où il n'existe aucune autre voie de recours permettant de contester cet avis, « il n'existe pas de recours juridictionnel effectif contre la décision administrative de refus de rapprochement familial lorsque celle-ci fait suite à l'avis défavorable du magistrat judiciaire ». Or, au regard « des conséquences qu'entraîne un tel refus », pareille absence est contraire à l'article 16 de la Déclaration (§§ 6-7).

Si la Convention européenne ne garantit le droit pour un détenu de choisir le lieu de sa détention, ce dernier doit également pouvoir disposer d'un recours effectif lui permettant de contester la décision de refus de transfert vers un autre établissement en vue de se rapprocher du lieu de résidence de sa famille, sauf à violer l'article 13 de la Convention <sup>(29)</sup>. Le Conseil d'Etat, juge de droit commun de la CEDH, sanctionne également, au regard de l'article 13, l'absence de voie de recours permettant de contester des mesures de translation judiciaire lorsque sont en cause des droits fondamentaux des prévenus <sup>(30)</sup>.

### *Egalité devant la justice*

Pour le juge européen, l'égalité des armes « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » et suppose donc de garantir un « juste équilibre entre les parties <sup>(31)</sup>. Dans cette perspective, il juge contraire à l'article 6 toute inégalité dans la communication des pièces aux parties <sup>(32)</sup> ou touchant les moyens dont disposent les parties pour faire valoir leurs arguments <sup>(33)</sup> de même qu'une inégalité dans l'exercice des voies de recours <sup>(34)</sup>. Toutefois, certaines différences de traitement peuvent être justifiées. Ainsi en est-il, par exemple, de l'impossibilité pour une partie civile, qui n'est pas assistée d'un avocat, d'avoir accès au dossier de l'instruction au motif de la préservation du secret de l'instruction, les parties civiles n'étant pas tenues par le respect du secret professionnel <sup>(35)</sup>.

Dans une perspective très proche, le Conseil estime pour sa part que le principe du respect des droits de la défense « implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » <sup>(36)</sup> et, mobilisant le principe d'égalité devant la justice, considère que « si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable » <sup>(37)</sup>.

Il est notamment fait application de cette jurisprudence dans deux décisions QPC à propos de l'accès à un rapport d'expertise et de l'exercice d'une voie de recours <sup>(38)</sup>. Comme la Cour de Strasbourg, le juge constitutionnel considère ici que les garanties du droit à un procès équitable sont applicables à la phase d'instruction et aux voies de recours <sup>(39)</sup>.

Le Conseil était appelé à examiner, dans la décision n° 2018-765 QPC, *M. Charles-Henri M.*, du 15 février 2019, la constitutionnalité de la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article 167 du CPP - dans sa rédaction résultant de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 modifiée depuis lors <sup>(40)</sup> - au regard des articles 6 et 16 de la DDHC, le requérant pointant une différence de traitement injustifiée entre les parties assistées d'un avocat et les autres, la possibilité de demander au juge d'instruction la copie intégrale du rapport d'expertise étant réservée aux seuls avocats.

Aux termes des articles 166 et 167 du CPP, lorsque les opérations d'une expertise ordonnée par un juge d'instruction sont terminées, l'expert rédige un rapport contenant une description de ces opérations et ses conclusions, conclusions que le juge d'instruction doit porter à la connaissance des parties, ce qu'il peut faire sous la forme d'une notification par lettre recommandée. Si les avocats des parties en font la demande, l'intégralité du rapport leur est notifiée par lettre recommandée. En toute hypothèse, le juge d'instruction fixe un délai aux parties pour leur permettre de présenter des observations ou formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise. Dès lors, l'article 167 du CPP a « pour effet

de priver les parties non assistées par un avocat du droit d'avoir connaissance de l'intégralité d'un rapport d'expertise pendant le délai qui leur est accordé pour présenter des observations ou formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise » (§ 7).

Aussi, alors même que la liberté pour les parties d'être assistées d'un avocat ou de se défendre seules est reconnue par la loi, le champ d'application de la différence de traitement dans l'accès au rapport d'expertise n'est pas limité « aux cas où elle serait justifiée par la protection du respect de la vie privée, la sauvegarde de l'ordre public ou l'objectif de recherche des auteurs d'infractions ». Or, sauf à méconnaître le principe d'égalité devant la justice, particulièrement au regard du principe du contradictoire et des droits de la défense, « toutes les parties à une instruction doivent pouvoir avoir connaissance de l'intégralité du rapport d'une expertise ordonnée par le juge d'instruction afin de leur permettre de présenter des observations ou de formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise » (§§ 8-9) <sup>(41)</sup>.

Était en cause, dans une seconde décision - décision n° 2018-758/759/760 QPC, *M. Suat A. et a.*, du 31 janvier 2019 -, la constitutionnalité de la troisième phrase du troisième alinéa de l'article 394 du CPP, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. Les requérants dénonçaient, en effet, le fait que le prévenu, convoqué par procès-verbal, ne puisse pas faire appel de la décision du juge des libertés et de la détention le plaçant sous contrôle judiciaire alors qu'il résultait de la jurisprudence de la Cour de cassation que le ministère public pouvait faire appel d'une décision de refus de placement sous contrôle judiciaire <sup>(42)</sup>. Mais, ici, la situation du prévenu et celle du ministère public sont différentes. Si ce dernier peut effectivement faire appel de la décision du juge des libertés et de la détention, « à la différence du prévenu, le ministère public ne peut saisir le tribunal correctionnel lorsque le juge des libertés et de la détention n'a pas fait droit à sa demande » (§ 12). Dès lors, « sont assurées au prévenu des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense » (§ 13).

### *Principe de nécessité des peines et garantie des droits*

Si la décision n° 2019-785 QPC, *M. Mario S.*, du 24 mai 2019, a avant tout retenu l'attention en raison de l'absence de consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République imposant de prévoir un délai de prescription de l'action publique pour les infractions « dont la nature n'est pas d'être imprescriptible », elle appelle, toutefois, des remarques quant à la nature du contrôle opéré et à l'existence de garanties (§ 3 et § 6).

Appelé à apprécier la constitutionnalité du premier alinéa de l'article 7 du CPP, selon lequel le délai de prescription de l'action publique en matière de crimes court à compter du jour où le crime a été commis, le Conseil affirme qu'il résulte du principe de nécessité des peines et de la garantie des droits « un principe selon lequel, en matière pénale, il appartient au législateur, afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions » (§ 7). Ce faisant, il pratique un contrôle de faible intensité, concédant, dès lors, une certaine liberté au législateur pour la fixation des règles régissant la prescription. La nature de ce contrôle fait résolument écho à la marge d'appréciation assez importante concédée en la matière aux Etats parties à la Convention par le juge européen lorsqu'il a été appelé à examiner des dispositifs en matière de prescription au regard du droit d'accès à un tribunal <sup>(43)</sup>.

Était en cause, ici, l'interprétation de la Cour de cassation selon laquelle la prescription des infractions continues ne court qu'à partir du jour où elles ont pris fin dans leurs actes constitutifs et dans leurs effets. Or, pour le Conseil, celle-ci a « pour seul effet de fixer le point de départ du délai de prescription des infractions continues au jour où l'infraction a pris fin dans ses actes constitutifs et dans ses effets », les règles ainsi fixées n'étant « pas manifestement inadaptées à la nature de ces infractions » (§ 8). Et contrairement à ce qu'affirmait le requérant, il n'en résultait pas une impossibilité pour une personne poursuivie pour une infraction continue de démontrer que cette dernière avait pris fin, « le juge pénal appréciant souverainement les éléments qui lui sont soumis afin de déterminer la date à laquelle l'infraction a cessé » (§ 9).

Pour la Cour de Strasbourg, les personnes accusées d'infractions continues doivent bénéficier de certaines garanties. Ainsi, « lorsqu'une personne est accusée d'une infraction continue, le principe de la sécurité juridique commande que les actes constitutifs de cette infraction, qui mettent en jeu la responsabilité pénale de l'intéressé, soient clairement énoncés dans l'acte d'accusation ». En outre, la décision rendue par la juridiction nationale doit également « bien préciser que le verdict de culpabilité et la peine reposent sur le constat que l'accusation a établi l'existence des éléments constitutifs d'une infraction continue » <sup>(44)</sup>.

## II. LES DROITS SUBSTANTIELS

Les décisions QPC intéressant les droits substantiels, principalement le droit au respect de la vie privée, attestent bien d'une réception implicite des exigences européennes par le Conseil constitutionnel.



# Le droit au respect de la vie privée

## *Inviolabilité du domicile*

Trois décisions QPC confirment la vigilance du juge constitutionnel quant à l'existence de garanties de nature à assurer une protection effective du droit au respect de la vie privée. Aussi, le rejet de la demande de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement du Protocole 16, dans la décision n° 2019-772 QPC, *M. Sing Kwon C. et a.*, du 5 avril 2019 (§ 7), est-il logique, la jurisprudence bien établie de la Cour EDH ayant déjà été implicitement réceptionnée par le Conseil.

Etait notamment en cause, dans cette décision, la conformité avec le droit au respect de la vie privée et, plus particulièrement, de l'inviolabilité du domicile (article 2 de la DDHC) du sixième alinéa de l'article L. 651-6 du code de la construction et de l'habitation (CCH) <sup>(45)</sup>, qui habilite les agents assermentés du service municipal du logement à visiter les locaux à usage d'habitation en vue de constater les conditions d'occupation de ces derniers et notamment le respect des autorisations d'affectation d'usage. Le gardien ou l'occupant d'un local est ainsi tenu de laisser les agents effectuer leur visite, qui ne peut avoir lieu qu'entre huit heures et dix-neuf heures, en sa présence. Par ailleurs, l'article L. 651-6, alinéa 6, du CCH autorise les agents, en cas de refus ou d'absence de l'occupant du local ou de son gardien, à se faire ouvrir les portes et à visiter les lieux en présence du maire ou d'un commissaire de police. Or, le Conseil estime, dans la droite ligne de la décision n° 2013-357 QPC, *Société Wesgate Charters Ltd*, du 29 novembre 2013 <sup>(46)</sup>, qu'en prévoyant que les agents du service municipal du logement puissent procéder à pareille visite, « sans l'accord de l'occupant du local ou de son gardien, et sans y avoir été préalablement autorisés par le juge, le législateur a méconnu le principe d'inviolabilité du domicile » (§ 10) <sup>(47)</sup>.

Comme la jurisprudence européenne <sup>(48)</sup>, la jurisprudence du Conseil requiert l'existence d'une autorisation judiciaire préalable ou d'un contrôle judiciaire ultérieur en l'absence d'accord de l'intéressé. Cette approche est d'autant plus bienvenue que la Cour européenne a encore récemment condamné la France dans l'affaire *Halabi c/ France* (16 mai 2019). Si, à ses yeux, les critères sont moins stricts s'agissant de visites effectués par les agents de l'urbanisme (article L. 461-1 du code de l'urbanisme) que pour d'autres visites domiciliaires « qui peuvent conduire à saisir de nombreux documents, données ou objets », « l'entrée d'agents publics au sein du domicile du requérant, sans son autorisation, ainsi que la prise de photos à l'intérieur de cet espace utilisé par le requérant pour des activités relevant de sa vie privée, constitue une ingérence » (§ 55). Et l'absence de recueil obligatoire de l'accord du propriétaire et d'autorisation judiciaire préalable combinée au fait qu'il n'existe pas de voie de recours effective viole l'article 8 de la Convention (§ 69).

## *Communication de données personnelles*

L'absence de garanties suffisantes est sanctionnée dans la décision n° 2018-764 QPC, *M. Paulo M.*, du 15 février 2019, s'agissant du droit de communication de données de connexion - en l'occurrence des métadonnées - de certains agents des douanes, régi par le i du 1° de l'article 65 du code des douanes <sup>(49)</sup>. Ces derniers étaient, en effet, habilités à se faire communiquer les données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d'accès à un service de communication au public en ligne ou les hébergeurs de contenu sur un tel service sans, cependant, accéder au contenu des correspondances échangées ou des informations consultées.

Portant évidemment atteinte au droit au respect de la vie privée des personnes concernées, pareille communication n'était, ici, pas entourée de garanties propres à garantir une conciliation équilibrée entre le respect de ce droit et la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions. Le législateur avait seulement prévu de réserver l'exercice du droit de communication à certains agents des douanes soumis au respect du secret professionnel et sans leur conférer un pouvoir d'exécution forcée, mais sans introduire aucune autre garantie (§ 8). Or, on le sait, la Cour de justice de l'Union européenne, qui a été pionnière s'agissant des garanties qui doivent assortir l'accès à des métadonnées et leur utilisation <sup>(50)</sup>, inspire, ici, le Conseil. Pour autant, cette jurisprudence a beaucoup emprunté s'agissant de la nature de ces garanties à celle de la Cour de Strasbourg, notamment aux principes dégagés dans l'arrêt *S. et Marper c/ Royaume-Uni* <sup>(51)</sup>.

Les garanties entourant le droit de communication des organisations de sécurité sociale ont également été examinées par le Conseil dans la décision n° 2019-789 QPC, *Mme Hanen S.*, du 14 juin 2019, la requérante arguant de leur caractère lacunaire.

Deux sortes de données étaient en cause en l'espèce : des données bancaires et des données de connexion relatives à des bénéficiaires de prestations ou à des assujettis à des cotisations sociales.

Touchant la première catégorie de données, le juge constitutionnel vérifie si une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude en matière de protection sociale et l'exercice du droit au respect de la vie privée a bien été garantie. Les modalités de son contrôle sont, dès lors, analogues à celles de la Cour européenne qui, dans certains cas, se limite à examiner si l'ingérence dans l'exercice du droit au

respect de la vie privée n'était pas déraisonnable. En fonction de leur nature, les données personnelles ne font, en effet, pas l'objet du même type de contrôle. La divulgation de données bancaires - comme la transmission des données du requérant aux autorités fiscales américaines dans le but de permettre à ces dernières de retracer les avoirs qui pouvaient avoir été dissimulés en Suisse dans l'affaire *G. B. S. c/ Suisse* - constitue bien une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, « des informations relevant des comptes bancaires » constituant « des données personnelles protégées par l'article 8 de la Convention ». Mais le niveau de protection des données « dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention, son importance pour la personne concernée, la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci »<sup>(52)</sup>. La marge nationale d'appréciation est restreinte lorsqu'est en cause un droit qui est « important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre 'intime' qui lui sont reconnus », en d'autres termes « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu ». En revanche, lorsque sont seulement en jeu des données bancaires, « soit des informations purement financières », la marge d'appréciation reconnue à l'Etat est « ample »<sup>(53)</sup>.

Etait en cause, dans la décision *Mme Hanen S.*, la conformité de l'article L. 114-20 du code de la sécurité sociale - dans sa rédaction résultant de la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 -, qui, par le renvoi qu'il opère à la section I du chapitre II du titre II de la première partie du livre des procédures fiscales, étend à certains agents des organismes de sécurité sociale le droit de communication de certains documents et informations reconnu à l'administration fiscale. Ce dernier peut s'exercer auprès des établissements bancaires afin d'obtenir de leur part, sans qu'ils puissent opposer le secret professionnel, les relevés de comptes et les autres documents bancaires relatifs au bénéficiaire d'une prestation sociale ou à son ayant droit ou à un cotisant (art. L. 83 et L. 85 du livre des procédures fiscales). Or, le Conseil relève que l'exercice de ce droit de communication est bien entouré de garanties suffisantes. La finalité de son exercice est tout d'abord circonscrite puisqu'il ne peut en être fait usage « que pour le contrôle de la sincérité et de l'exactitude des déclarations souscrites ou de l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution et du paiement des prestations servies par les organismes de sécurité sociale, pour l'exercice des missions de contrôle des cotisants aux régimes obligatoires de sécurité sociale et de lutte contre le travail dissimulé et pour le recouvrement de prestations versées indûment à des tiers » (§ 11). Ensuite, le droit de communication des agents des organismes de sécurité sociale, qui n'est pas assorti d'un pouvoir d'exécution forcée, est réservé à des agents qui sont soumis, dans l'utilisation des données en cause, au secret professionnel (§ 12). Enfin, la communication des données bancaires « présente un lien direct avec l'évaluation de la situation de l'intéressé au regard du droit à prestation ou de l'obligation de cotisation » dans la mesure où elle « permet à titre principal aux organismes sociaux d'avoir connaissance des revenus, des dépenses et de la situation familiale de la personne objet de l'investigation » (§ 13). Aussi, quand bien même ces données « peuvent révéler des informations relatives aux circonstances dans lesquelles la personne a dépensé ou perçu ses revenus », l'atteinte portée, ici, à l'exercice du droit au respect de la vie privée n'est pas disproportionnée (§ 14).

Etait aussi en cause la communication de données de connexion prévue par l'article L. 114-20 du code de la sécurité sociale qui, par un renvoi aux articles L. 83 et L. 96 G du livre des procédures fiscales, habilitait les agents des organismes de sécurité sociale à se faire communiquer « les données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d'accès à un service de communication au public en ligne ou les hébergeurs de contenu sur un tel service ».

Le juge constitutionnel met d'emblée l'accent sur la singularité des données en jeu : des données d'une nature particulièrement sensible, qui « fournissent sur les personnes en cause des informations nombreuses et précises, particulièrement attentatoires à leur vie privée », et entend également tenir compte des traitements dont elles peuvent faire l'objet (§ 15). Or, il ne peut que constater que les garanties requises font, ici, défaut, les données concernées ne présentant pas de « lien direct avec l'évaluation de la situation de l'intéressé au regard du droit à prestation ou de l'obligation de cotisation » (§ 15). Partant, l'article L. 114-20 est contraire à la Constitution.

La décision *Mme Hanen S.* portait également sur la conformité de l'article L. 114-21 du code, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007, la requérante pointant le fait que les agents des organismes de sécurité sociale n'étaient tenus d'informer les personnes soumises à pareil contrôle de la teneur et de l'origine des documents obtenus auprès de tiers que si une décision avait été prise à leur encontre sur le fondement de ces documents. Mais, pour le Conseil, l'objet de la disposition litigieuse est justement de permettre à la personne contrôlée, dans l'hypothèse où la décision a été prise de supprimer le bénéfice d'une prestation ou de recouvrer des sommes réclamées, de « prendre connaissance des documents communiqués afin de pouvoir contester utilement les conclusions qui en ont été tirées par l'organisme de sécurité sociale » (§ 18).

## La liberté personnelle

Appelé, dans la décision n° 2018-761 QPC, *Association Médecins du monde et a.*, du 1<sup>er</sup> février 2019, à se prononcer sur la pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution, le juge constitutionnel exerce un contrôle de faible intensité, se limitant à vérifier si le législateur a garanti une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions et l'exercice de la liberté personnelle.



Les requérants alléguaient notamment qu'en réprimant tout achat d'actes sexuels, y compris lorsque ces derniers sont accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé, l'article 225-12-1, alinéa 1, et l'article 611-1 du code pénal violaient le droit au respect de la vie privée et, plus particulièrement, le droit à l'autonomie personnelle et à la liberté sexuelle.

Plutôt que de se prononcer au regard du droit au respect de la vie privée, le juge constitutionnel examine la constitutionnalité des dispositions incriminées au regard de la liberté personnelle, garantie par les articles 2 et 4 de la DDHC, qui englobe donc le droit à l'autonomie personnelle et la liberté sexuelle. S'il est vrai que ce dernier retient une acception plus étroite de la notion de « vie privée » que la Cour de Strasbourg, son approche, ici, converge avec la jurisprudence européenne qui a consacré, non seulement la garantie de la liberté sexuelle au titre de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH<sup>(54)</sup>, mais aussi le droit à l'autonomie personnelle. Dans l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*, elle affirme ainsi que « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »<sup>(55)</sup> et reconnaît ensuite un « droit à l'autonomie personnelle »<sup>(56)</sup>, la notion d'autonomie personnelle s'entendant « au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »<sup>(57)</sup>.

Envisageant la question au regard de la liberté des clients - et non également de celle des personnes qui se prostituent -, le juge constitutionnel relève qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi que le législateur a voulu, en pénalisant les acheteurs de services sexuels et donc « en privant le proxénétisme de sources de profits, lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, activités criminelles fondées sur la contrainte et l'asservissement de l'être humain » (§ 11). Il envisage, dès lors, l'examen de l'atteinte en jeu au regard du seul objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions. Et, après avoir rappelé qu'il ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », le Conseil estime que le recours à l'incrimination contestée constitue « un moyen qui n'est pas manifestement inapproprié à l'objectif de politique publique poursuivi ». A ses yeux, si « le législateur a réprimé tout recours à la prostitution, y compris lorsque les actes sexuels se présentent comme accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé, il a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées » (§ 12).

Cette attitude de « self restraint » ne paraît pas heurter frontalement l'approche de la Cour de Strasbourg dont le contrôle des atteintes au droit à l'autonomie personnelle ne revêt pas d'uniformité. Concédant une assez large marge d'appréciation aux Etats parties lorsqu'est en cause le « suicide assisté », l'arrêt d'un traitement médical maintenant artificiellement une personne en vie ou encore en matière de gestation pour autrui, elle pratique un contrôle assez souple, vérifiant l'absence de disproportion ou la garantie d'un « juste équilibre »<sup>(58)</sup>. Le juge européen adopte, en revanche, une approche différente s'agissant de pratiques sexuelles sadomasochistes puisqu'il considère, dans l'arrêt précité *K. A. et A. D.*, « que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus ». Il faut qu'existent des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité (§ 83). La limite à la liberté de l'individu tient, dès lors, au « respect de la volonté de la 'victime' de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti » (§ 85). Mais jusqu'alors, le juge européen n'a pas examiné la compatibilité avec l'article 8 de dispositifs pénaux concernant la prostitution. Il a, cependant, statué sur quelques affaires intéressant la prostitution. Dans l'arrêt *V. T. c/ France* du 11 septembre 2007, la Cour a relevé l'absence de consensus européen quant à la qualification de la prostitution en elle-même au regard de l'article 3 de la Convention. Affirmant ensuite, en se référant à différents actes relatifs à la traite des êtres humains adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>(59)</sup>, qu'elle jugeait « la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte », elle a, néanmoins, pointé le fait que la question de savoir si la prostitution était susceptible d'être volontaire était également controversé (§ 25).

Dans une autre affaire - *S.M. c/ Croatie* (19 juillet 2018) -, dont il faut souligner d'emblée qu'elle a fait l'objet d'un renvoi devant la Grande chambre -, la requérante, se plaignant d'avoir été contrainte de se prostituer, estimait notamment que les autorités nationales n'avaient pas respecté les obligations procédurales inhérentes à l'article 4 de la Convention. La Cour juge tout d'abord cette disposition applicable dans la mesure où est en cause la traite d'êtres humains et l'exploitation de femmes aux fins de la prostitution. Considérant ensuite que la Croatie a bien mis en place un cadre juridique et administratif adéquat pour interdire et réprimer la traite des êtres humains, elle estime que l'intéressée a bénéficié, en qualité de victime de la traite, de l'assistance requise. Mais le juge européen conclut à une violation de l'article 4 au regard des carences de l'enquête conduite par les autorités croates au motif que certains témoins n'avaient pas été interrogés, qu'il avait été estimé que la requérante avait procuré des services sexuels de son plein gré et que l'homme qui l'avait contrainte à se prostituer avait finalement été acquitté.

Un des arguments pour conclure ici à l'insuffisance de l'enquête est le fait qu'en estimant que la requérante avait procuré des services sexuels de son plein gré et en acquittant l'accusé, les autorités croates avaient méconnu les textes internationaux applicables à la traite des êtres humains, notamment la Convention précitée du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, lesquels disposent que le consentement

de la victime est indifférent <sup>(60)</sup>.

Mais, à notre sens, ce qui est jeu, en l'espèce, n'est pas la prostitution, en soi, mais la traite des êtres humains c'est-à-dire l'exploitation d'une personne, laquelle peut notamment se traduire par « l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle » <sup>(61)</sup>. La Convention de Varsovie précise que le « consentement d'une victime de la 'traite d'êtres humains' à l'exploitation envisagée, telle qu'énoncée à l'alinéa (a) du présent article, est indifférent lorsque l'un quelconque des moyens énoncés à l'alinéa (a) a été utilisé ». Aussi, comme le souligne le juge Koskelo, dans une opinion dissidente (§ 18), à la différence de l'approche retenue dans l'arrêt *Rantsev c/ Chypre et Russie* (7 janvier 2010), dans l'arrêt *S. M. c/ Croatie*, la Cour paraît inclure dans le champ d'application de l'article 4 de la CEDH à la fois la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution et non, comme les instruments internationaux pertinents, l'exploitation de la prostitution en tant que moyen de la traite et ce, alors même qu'il n'existe pas de consensus européen concernant la prostitution (§ 54 de l'arrêt). Aux yeux du juge dissident, l'interprétation faite par la Cour relativement au fait que le consentement de la victime est indifférent (§ 79) constitue un contresens. Cette affirmation doit, en effet, être comprise comme le fait que, lorsque la situation de traite a été établie, le consentement est dénué de pertinence aux fins d'exonérer son auteur de sa responsabilité (§ 38 op. dis.) <sup>(62)</sup>.

On le voit, l'arrêt *S. M.* suscite le débat et c'est sans doute la raison pour laquelle le renvoi en Grande chambre a été accepté. Mais, en tout état de cause, on peut raisonnablement penser qu'une incrimination comme celle en cause dans la décision n° 2018-761 QPC ne serait pas jugée contraire à la Convention.

## La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

La décision n° 2018-768 QPC, *M. Adama S.*, du 21 mars 2019, relative au recours particulièrement controversé aux examens radiologiques osseux en vue de déterminer l'âge d'une personne <sup>(63)</sup>, retient doublement l'attention au regard de la Convention EDH.

On le sait, la Cour de Strasbourg estime que les obligations positives que l'article 8 met à la charge des Etats parties en matière de droit au respect de la vie familiale « doivent s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 » <sup>(64)</sup>. Soulignant son « importance particulière », elle a intégré dans son interprétation le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » au sens de l'article 3 § 1 de cette convention <sup>(65)</sup> et souligné l'existence d'« un large consensus - y compris en droit international - autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer » <sup>(66)</sup>.

Rejoignant la Cour EDH mais aussi les exigences du droit de l'Union <sup>(67)</sup>, le Conseil constitutionnel affirme, ici, qu'il résulte des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 « une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant », qui « impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge » et, plus particulièrement, que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un jeune individu soient « entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures » (§§ 5-6).

Témoignant d'une ouverture bienvenue à l'égard des sources externes, le Conseil reprend donc à son compte la terminologie conventionnelle <sup>(68)</sup> mais, en outre, en visant à la fois les dixième et onzième alinéas du Préambule, consacre un large champ d'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant <sup>(69)</sup>.

Il examine ensuite la constitutionnalité des deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, qui autorise le recours à des examens radiologiques osseux « aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable », disposition méconnaissant, selon le requérant, l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant en raison du manque de fiabilité de ces examens.

Après avoir rappelé que « les résultats de ce type d'examen peuvent comporter une marge d'erreur significative », le Conseil examine les garanties entourant le recours à ces examens (§ 7).

Seule l'autorité judiciaire peut décider d'y recourir. L'examen ne peut être ordonné que dans l'hypothèse où la personne concernée « n'a pas de documents d'identité valables et si l'âge qu'elle allègue n'est pas vraisemblable », l'autorité judiciaire étant garante du respect du « caractère subsidiaire » de l'examen (§ 9). Le recours à un examen radiologique osseux ne peut avoir lieu qu'après le recueil du consentement éclairé de l'intéressé, dans une langue qu'il comprend sachant que « la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen osseux » (§ 10). Enfin, le juge constitutionnel relève les différentes garanties prévues par le législateur qui a pris en compte la marge d'erreur caractérisant les examens radiologiques, a exclu que leurs conclusions puissent constituer le seul élément pris en compte pour déterminer l'âge d'un individu et a prévu que « si les conclusions des examens radiologiques sont en contradiction avec les autres éléments d'appréciation

susvisés et que le doute persiste au vu de l'ensemble des éléments recueillis, ce doute doit profiter à la qualité de mineur de l'intéressé » (§ 11). Et il souligne *in fine* la nécessaire mise en œuvre de ces garanties par les autorités administratives et judiciaires.

Pratiquant un contrôle abstrait, le Conseil a le mérite d'affirmer la nécessité d'appliquer une présomption de minorité et d'encadrer le recours aux examens radiologiques en invitant donc les autorités compétentes à respecter les garanties qu'il identifie.

Son contrôle paraît présenter des affinités avec la grille d'analyse du juge européen. S'il n'a pas été confronté directement au problème du recours à pareils examens radiologiques osseux <sup>(70)</sup>, ce dernier a, néanmoins, eu à examiner la question des modalités de détermination de l'âge d'un individu dans l'affaire *Mugenzi c/ France* (10 juillet 2014), dans laquelle était en cause le refus de faire bénéficier deux des enfants du requérant du regroupement familial au motif qu'ils étaient majeurs. La Cour paraît avoir implicitement admis le principe du recours à des examens radiologiques, ce que confirme l'affaire *Ahmade c/ Grèce* (25 septembre 2012) relative à un demandeur d'asile débouté qui se déclarait mineur mais dont l'âge n'avait pu être déterminé en présence de ses déclarations contradictoires quant à sa date de naissance. En l'espèce, le juge européen avait invité l'Etat défendeur à lui faire parvenir, aux fins de déterminer l'âge du requérant, un rapport scientifique d'un professionnel, avant qu'elle ne statue sur ses allégations de violation de la Convention. L'intéressé ayant refusé de se soumettre à un examen radiologique de la mâchoire, il « considère que la conclusion à tirer du refus du requérant de se soumettre à un simple examen radiologique est que ce dernier avait des raisons de craindre que cet examen révélât une réalité qui ne correspondait pas aux âges qu'il avait indiqués aux autorités » et examine ses griefs comme des griefs soulevés par une personne adulte au moment des faits (§ 78).

Par ailleurs, dans l'affaire *Mugenzi*, le juge européen considère que « (lorsqu'il y a des enfants les autorités nationales doivent, dans leur examen de la proportionnalité aux fins de la Convention, faire primer leur intérêt supérieur » (§ 45) et, se plaçant sur le terrain des obligations positives, examine si les garanties procédurales, inhérentes à l'article 8 de la Convention, ont bien été respectées lors du processus décisionnel qui a conduit à une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale. En l'espèce, le refus de délivrance de visas avait été décidé parce que les autorités consulaires avaient conclu à une discordance entre l'âge physiologique des enfants et l'âge mentionné sur les actes d'état civil présentés au moment de la demande de regroupement familial. Or, la Cour relève que seul un examen sommaire de la cavité buccale avait été effectué par un médecin. Et alors même que « cette méthode de détermination de l'âge est discutable » en l'absence de radiographie dentaire, cet examen avait revêtu un caractère « déterminant dans l'appréciation du caractère apocryphe des actes de naissance présentés lors de la demande de visa alors que d'autres éléments de preuve apportés par le requérant corroboraient ses déclarations constantes depuis sa demande d'asile à l'OFPPA » (§§ 58-59). Aussi la Cour conclut-elle à la violation de l'article 8 de la CEDH.

Centré sur la qualité du processus décisionnel et les garanties dont bénéficient les intéressés, le contrôle du Conseil présente donc des affinités avec celui de la Cour. Il en est de même s'agissant du grief relatif à la protection de la santé où son contrôle restreint, au motif qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation analogue à celui du Parlement, fait écho à la large marge nationale d'appréciation concédée dans le cadre de la CEDH et relevée précédemment à propos de l'obligation de vaccination <sup>(71)</sup>.

**(1)** Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/Belgique* (médecins). Toutes les sanctions ne sont donc pas concernées.

**(2)** Cour EDH, gr. ch., 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et a. c/Finlande*.

**(3)** Cour EDH, 5 février 2009, *Olujic c/Croatie*, § 44.

**(4)** Cour EDH, 3 juin 2008, *Karaduman et Tandogan c/Turquie*, § 9, révocation.

**(5)** Arrêt préc. *Vilho Eskelinen et a.*, § 62.

**(6)** Par exemple, Cour EDH, déc. n° 59773/00, 11 septembre 2007, *Suküt c/Turquie*, mise à la retraite anticipée de l'armée. Le droit turc excluait, ici, l'accès à un tribunal et le comportement et les agissements du requérant avaient porté atteinte à la discipline militaire et au principe de laïcité.

**(7)** Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, §§ 80-85 ; Cour EDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c/Belgique*, § 25. Voy., par exemple, Commission EDH, déc. n° 38378/97, 9 septembre 1998, *Gonzalez c/France*, inapplicabilité de la « matière pénale » à une radiation de la liste des conseils juridiques d'un parquet ou Cour EDH, déc. n° 31876/96, 11 septembre 2001, *Tepeli et a. c/Turquie*, révocation de l'armée pour actes d'indiscipline.

**(8)** Cour EDH, 25 février 1995, *Findlay c/Royaume-Uni*, peine d'emprisonnement, dégradation et renvoi de l'armée.

**(9)** Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*. Certaines sanctions relèvent, par ailleurs, de la « matière civile ».

(10) Tel est le cas de la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière pouvant conduire à l'infliction d'amendes (Cour EDH, 26 septembre 2000, *Guisset c/ France*, § 57).

(11) Voy. *Engel et a.*, préc., §§ 82-83

(12) Dans la version du code électoral applicable aux faits faisant l'objet de la QPC, aucune peine d'inéligibilité n'était prévue.

(13) Cour EDH, 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France*. Était en cause le dispositif applicable aux élections législatives.

(14) Cons. const., commentaire site internet, p. 18. Décision n° 2016-572 QPC, *M. Gilles M. et a.*, 30 septembre 2016, et décision n° 2016-550 QPC, *M. Stéphane R. et a.*, 1<sup>er</sup> juillet 2016, cette chron., *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 54, 2017, pp. 181-182.

(15) *A contrario*, décision n° 2019-793 QPC, *Epoux C.*, du 28 juin 2019 : majoration d'assiette de 25 % pour l'imposition de certains revenus qui n'est pas une « sanction ayant le caractère d'une punition ». Le Conseil d'Etat juge pour sa part l'article 6 § 1 de la CEDH inapplicable à ce type de dispositif (CE, 9 novembre 2015, n° 366457).

(16) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-conseil-constitutionnel-et-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-0>

(17) Au visa de l'article 6 § 1 de la CEDH, la Cour de cassation avait déjà considéré que « le mineur, conduit par les policiers auprès d'un officier de police judiciaire pour être entendu sur une infraction qu'il était soupçonné d'avoir commise, se trouvait nécessairement dans une situation de contrainte et devait bénéficier des droits attachés au placement en garde à vue » (Crim., 6 novembre 2013, n° 13-84.320).

(18) Cons. const., décisions n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, cette chron., *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, 2015, p. 234.

(19) Dans sa rédaction résultant de la loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017.

(20) CE, n° 388150.

Dans le cadre des contrats uniques portant sur la fourniture et la distribution d'électricité, prévus par l'article L. 121-92 du code de la consommation, le fournisseur d'électricité assure, pour le compte du gestionnaire de réseau public de distribution, la gestion des relations de clientèle de ce dernier avec le consommateur (§ 5).

(21) Exposé de l'amendement visant à valider les conventions en cause reproduit in Cons. const., commentaire site internet, p. 6.

(22) Voy., par exemple, Cour EDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial building Society et a. c/ Royaume-Uni*.

(23) Voy., par exemple, Cour EDH, 16 avril 2019, *Kamoy Radyo Televizyon Yayincılık ve Organizasyon A.Ş. c/ Turquie*.

(24) Cour EDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, § 57.

(25) Cons. const., décision n° 2016-543 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, du 24 mai 2016, cette chronique, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, octobre 2016, p. 185.

(26) Pour la Cour, le refus d'accorder à un détenu, comme en l'espèce, l'autorisation d'assister aux funérailles d'un parent relève de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CEDH (12 novembre 2002, *Ploski c/ Pologne*, § 32).

(27) Cour EDH, gr. ch., 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, § 159 ; *Schemkamper*, préc., § 42.

La Cour a pu constater une violation des articles 6 § 1 et 13 combinés en raison du délai d'examen d'un recours, considérant que certaines procédures exigent un traitement urgent (26 juillet 2007, *Schmidt c/ France*, délai de traitement d'un pourvoi en cassation le rendant sans objet dans une affaire relative à des mesures d'assistance éducative).

(28) CE, 5 décembre 2018, n° 424970.

(29) Cour EDH, 23 octobre 2014, *Vintman c/ Ukraine*, § 117.

(30) CE, 12 décembre 2018, n° 417244.

(31) Cour EDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, § 33.

(32) Par exemple, Cour EDH, 27 avril 2000, *Kuopila c/ Finlande*.

(33) Par exemple, Cour EDH, 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*.

(34) Par exemple, Cour EDH, 3 octobre 2006, *Ben Naceur c/ France*.

(35) Cour EDH, 14 juin 2005, *Menet c/ France*, § 49.

(36) Cons. const., décision n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, du 28 juillet 1989, cons. 44.

(37) Cons. const., décision n° 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, du 20 janvier 2005, cons. 22.

(38) Voy. aussi cons. const., décision n° 2019-773 QPC, *Société Uber B. V.*, du 5 avril 2019, à propos d'une différence de traitement injustifiée concernant le remboursement des frais irrépétibles, la faculté d'un tel remboursement affectant, selon le Conseil, « l'exercice du droit d'agir en justice et les droits de la défense » (§ 5 ; article 800-2, alinéa 1, du CPP).

(39) Appréciant le respect de l'article 6 § 1 au regard de l'ensemble de la procédure, la Cour EDH englobe la phase d'expertise dès lors qu'elle a une influence prépondérante sur la décision du juge (18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France* ; 24 novembre 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, information préliminaire et instruction) et les voies de recours (par exemple, 3 octobre 2006, *Ben Naceur c/ France*).

(40) Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

(41) De façon à éviter que la communication de l'intégralité des rapports d'expertise aux parties sans avocat puisse être effectuée alors qu'elle pourrait porter atteinte au respect du droit à la vie privée, à la sauvegarde de l'ordre public ou à l'objectif de recherche des auteurs d'infractions, le Conseil diffère l'effet dans le temps de sa décision (§ 12).

(42) Crim., 12 avril 2016, n° 16-80.738.

(43) Cour EDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et a. c/ Royaume-Uni*, § 50 et § 55.

(44) Cour EDH, 27 février 2001, *Ecer et Zeyrek c/ Turquie*, § 33. Alors que les requérants estimaient que l'application d'une loi de 1991 aux actes qu'ils avaient commis en 1988 et 1989 constituait une peine rétroactive contraire à l'article 7 de la Convention, l'Etat défendeur soutenait que l'acte consistant à fournir une aide ou l'asile à des membres d'une organisation illégale constituait, en vertu du code pénal, une infraction continue. Mais les actes d'accusation ne visant que des infractions antérieures à la loi de 1991, l'article 7 § 1 a été violé.

(45) Dans sa rédaction résultant de la loi n° 83-440 du 2 juin 1983.

(46) Voy. cette chron., *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, 2014, p. 212.

(47) Le Conseil écarte en revanche le grief tenant à la violation du droit à ne pas s'auto-incriminer notamment au regard de l'absence de pouvoir de contrainte des agents, élément également décisif pour le juge européen, ce droit ne s'appliquant qu'en matière pénale au sens de la Convention (§ 14 ; Cour EDH, 25 février 1993, *Funke c/ France*).

(48) La Cour européenne admet l'absence d'autorisation préalable d'un juge à condition qu'existent des garanties suffisantes contre les risques d'abus, notamment un contrôle juridictionnel effectif *a posteriori* des mesures en jeu. Elle se prononce soit au regard de l'article 8 de la Convention (*Funke c/ France* précité), soit au regard de l'article 6 § 1 (21 février 2008, *Ravon et a. c/ France*).

(49) Dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016, disposition abrogée par la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

(50) CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd et a.*, aff. C-293/12 et C-593/12, points 47-48 et 54-55.

- (51) Voy. H. Surrel, « La protection des données à caractère personnel, domaine emblématique des interactions jurisprudentielles entre cours européennes et Conseil constitutionnel », cette *Revue*, n° 2, 2019.
- (52) Cour EDH, 22 décembre 2015, §§ 50-51 et § 93. Voy. aussi Cour EDH, 7 juillet 2015, *M. N. et a. c/ Saint-Marin*, § 51.
- (53) *G. B. S.*, préc., § 93 ; *S. et Marper*, préc., § 102.
- (54) Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 41.
- (55) Cour EDH, 29 avril 2002, § 61. Voy. H. Hurpy, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruylant, 2015.
- (56) Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiack c/ Pologne*, § 107.
- (57) Cour EDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, § 83.
- (58) Cour EDH, arrêt préc. *Pretty*, § 71 ; Cour EDH, gr. ch., 5 juin 2015, *Lambert et a. c/ France*, §§ 147-148 ; Cour EDH, gr. ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, § 215.
- (59) Il s'agissait notamment de la Convention de Varsovie sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005.
- (60) § 79 de l'arrêt : « The national courts (...) concluded that the applicant had given sexual services voluntarily. Furthermore, the Court notes that according to Croatian law, the United Nations Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and the Exploitation of the Prostitution of Others and the Council of Europe Anti-trafficking Convention, the consent of the victim is irrelevant (...) ».
- (61) Article 4 a) de la Convention de Varsovie.
- (62) Cette approche paraît confirmée par l'arrêt de la Cour EDH *T. I. et a. c/ Grèce* du 18 juillet 2019.
- (63) Le Comité européen des droits sociaux le juge, tel qu'il est mis en œuvre en France, contraire à l'article 17 § 1 de la Charte sociale européenne (15 juin 2018, *EUROCEF c/ France*, réclamation n° 114/2015, § 113).
- (64) Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, § 120.
- (65) Cour EDH, 7 août 1996, *Johansen c/ Norvège*, § 78.
- (66) Cour EDH, gr. ch., 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, § 135.
- (67) Article 24, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La CJCE avait déjà affirmé auparavant qu'elle tenait compte de la Convention internationale des droits de l'enfant (par exemple, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06). Par ailleurs, un grand nombre d'actes de droit dérivé de l'UE se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant.
- (68) A l'instar de la reprise du critère européen du « motif impérieux d'intérêt général » en matière de validations législatives, Cons. const., décision n° 2013-366 QPC, *SELARL RJA*, du 14 février 2014, cons. 3, cette chron., *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 44, juin 2014, p. 164.
- (69) Voy. Cons. const, commentaire site internet : « Ce double rattachement explique notamment que la protection de l'intérêt de l'enfant ne s'inscrit pas uniquement dans le cadre familial, mais peut s'étendre à d'autres aspects de la vie en société » (p. 19).
- (70) Une requête est, cependant, pendante devant la Cour ( *Ousainou Darboe et Moussa Camara c/ Italie*, req. n° 5797/17, absence de garanties procédurales concernant la procédure de détermination de l'âge des mineurs étrangers).
- (71) Cons. const., décision n° 2015-458 QPC, *Epoux L.*, du 20 mars 2015, § 10, cette chron., *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, 2015, p. 238. Aussi décision n° 2018-761 QPC, précitée, § 16.



## Citer cet article

Hélène SURREL. « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH », Titre VII [en ligne], octobre 2019, n° 3. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-conseil-constitutionnel-et-jurisprudence-de-la-cour-edh>