

Chronique de droit pénal et de procédure pénale (janvier à juin 2022)

Écrit par

Evelyne BONIS



Professeur à l'Université de Bordeaux, Institut de sciences criminelles et de la justice

Virginie PELTIER



Professeur à l'Université de Bordeaux, Institut de sciences criminelles et de la justice

I. PROCEDURE PENALE

ENQUÊTE ET INSTRUCTION. Dispositifs de vidéosurveillance en garde à vue. Captation et fixation d'images dans des lieux publics au moyen de dispositifs aéroportés. Cons. const., déc. n° 2021-834 DC du 20 janvier 2022.

Cadre de la discussion. Le 20 janvier 2022, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de la loi du 24 janvier relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure (L. n° 2022-52, 24 janv. 2022 : *JO* du 25 janv. 2022 ; *JCP éd. G 2022, doct.* . 256, étude M. Daury-Fauveau) et, plus spécialement, de l'examen de ses articles 13, 15, 16 et 17, apportant nouveautés ou modifications du droit existant, en matière de police judiciaire comme administrative. Ainsi :

- l'article 13 crée cinq nouveaux articles L. 256-1 à L. 256-5 au sein du Code de la sécurité intérieure afin d'autoriser, sous certaines conditions et pour certaines finalités, le placement sous vidéosurveillance des personnes placées en garde à vue ou en retenue douanière ;
- l'article 15 modifie les articles L. 242-1 et L. 242-4 du Code de la sécurité intérieure et insère en son sein les articles L. 242-2, L. 242-5 et L. 242-7, afin de prévoir les conditions dans lesquelles certains services de l'État et les services de police municipale peuvent mettre en œuvre, dans le cadre de l'exercice de leurs missions de police administrative, des traitements d'images issues de caméras installées sur des aéronefs (hélicoptères par exemple), y compris sans personne à bord (les fameux drones) ;
- l'article 16 insère sept articles dans le Code de procédure pénale (articles 230-47 à 230-54) afin d'organiser, dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction, la captation et la fixation d'images dans des lieux publics au moyen des mêmes dispositifs aéroportés ;
- enfin, l'article 17 intègre au sein du Code de la sécurité intérieure cinq nouveaux articles L. 243-1 à L. 243-5 afin de permettre à certains services de sécurité et de secours de procéder à un enregistrement de leurs interventions au moyen de caméras embarquées dans leurs moyens de transport.

Face à cet arsenal de nouveaux moyens de surveillance et de contrôle, certains députés et sénateurs contestaient la conformité à la Constitution de certaines dispositions des articles 15 et 16, les seconds mettant également en cause les articles 13 et 17. Le grief récurrent était évidemment celui de l'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, agrémenté de l'atteinte à l'article 66 de la Constitution (article 13) ainsi qu'aux droits de la défense et à un procès équitable (article 17).

Solutions. Le Conseil constitutionnel valide les articles L. 256-1 à L. 256-5 du Code de la sécurité intérieure, dans leur rédaction issue de l'article 13, les articles 230-47 à 230-53 du Code de procédure pénale, dans leur rédaction issue de l'article 16, les articles L. 243-1 et L. 243-2 ainsi que les articles L. 243-4 et L. 243-5 du Code de la sécurité intérieure, dans leur rédaction issue de l'article 17. Il introduit ensuite des réserves pour l'application, d'abord, des

deux premières phrases du premier alinéa et du deuxième alinéa de l'article L. 242-4 ainsi que des paragraphes I à IV, VI et VII de l'article L. 242-5, dans leur rédaction résultant de l'article 15 de la loi et, ensuite, de l'article L. 243-3 du Code de la sécurité intérieure dans sa rédaction issue de l'article 17. Enfin, le Conseil conclut à la non-conformité de plusieurs dispositions de l'article 15. En résumant à gros traits, les dispositions intéressant les procédures judiciaires - articles 13 et 16 - sont déclarées conformes à la Constitution tandis que les mesures touchant à la police administrative sont considérées comme non-conformes ou conformes avec réserve.

Vidéosurveillance des personnes en garde à vue ou en retenue douanière. Le Conseil exclut, tout d'abord, toute atteinte à la vie privée par l'article 15 instaurant les articles L. 256-1 à L. 256-5 dans le Code de la sécurité intérieure, auquel il était fait grief de permettre l'installation et l'exploitation de dispositifs de vidéosurveillance (et non de vidéoprotection) dans les lieux de privation de liberté (locaux de garde à vue, centres de retenue douanière). En effet, après avoir indiqué que le texte poursuit l'objectif bien compris de prévention des atteintes à l'ordre public puisqu'il vise à prévenir les risques d'évasion comme de menaces pour elle-même ou pour autrui de la personne « vidéosurveillée », le Conseil détaille le régime juridique de l'utilisation des moyens de contrôle qui va conduire au rejet des critiques. L'usage des dispositifs n'est en effet pas généralisé mais au contraire circonscrit (à des raisons sérieuses de penser qu'un risque ou une menace pourrait se produire), il est limité dans le temps (durée maximale de vingt-quatre heures avec prolongation pour une durée qui ne peut excéder celle de la garde à vue ou de la retenue douanière). La personne qui en fait l'objet en est informée (avec information sans délai, d'une part, de l'avocat et, d'autre part et respectivement, des représentants légaux et tuteurs ou curateurs pour les mineurs et les majeurs incapables, ce qui montre la protection par le législateur des personnes vulnérables). Un certain nombre de garanties sont également apportées d'un point de vue matériel (pare-vues pour préserver l'intimité, visibilité des caméras) ou juridique (consultation en temps réel, accès, conservation et destruction sous strictes conditions, traçabilité des consultations) pour garantir la vie privée de la personne. Fort de l'énumération de l'ensemble de ces points, le Conseil rejette nettement toute idée d'atteinte à la vie privée des personnes placées sous vidéosurveillance.

En revanche, ensuite, le même ne s'embarrasse pas d'éléments de motivation pour exclure toute atteinte à l'article 66 de la Constitution avancée par les auteurs de la saisine qui, de façon quelque peu audacieuse, soutenaient qu'en raison de son caractère particulièrement intrusif, le placement sous vidéosurveillance devait être assimilé à une mesure privative de liberté qui, faute d'avoir été confiée à l'autorité judiciaire, méconnaissait l'article 66 de la Constitution. En effet, le placement sous surveillance se distingue nettement du placement en garde à vue ou en retenue, seule le second entraînant une privation de liberté. Résistant à la tentation de l'amalgame, pourtant si courant à l'heure actuelle, le Conseil rappelle fort justement que le placement sous vidéosurveillance d'une personne ne constituant pas une mesure privative de liberté, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution ne peut qu'être écarté.

Captation et exploitation d'images par dispositifs aéroportés. Il est désormais possible d'avoir recours, dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction, à des dispositifs aéroportés, y compris sans personne à bord (drones), ayant pour objet la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement sans leur consentement de l'image d'une ou de plusieurs personnes se trouvant dans un lieu public. Tel était l'objet de l'article 16 du texte déferé, introduisant les articles 230-47 à 230-53 dans le Code de procédure pénale. Le législateur a donc suivi les recommandations du Conseil qui, dans une précédente décision (Cons. const., déc. n° 2021-817 DC du 20 mai 2021 : *Dalloz actualité*, 26 mai 2021, obs. J. Gallois ; *AJDA* 2021. 1063 ; *ibid.* 1637 ; *ibid.* 1482, étude M. Verpeaux ; *ibid.* 1490, étude B. Faure ; *ibid.* 1502, étude X. Latour, note J. de La Porte des Vaux ; *D.* 2021. 1030 et les obs. ; *AJCT* 2021. 274, obs. G. Pailler ; *Légipresse* 2021. 258 et les obs.), avait invalidé les dispositions de la loi du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés (L. n° 2021-646, 25 mai 2021 : *JCP éd. G* 2021, act. 635, Aperçu rapide S. Detraz).

Il s'agissait donc ici, pour le législateur, de remettre l'ouvrage sur le métier, tâche dont il s'acquitte convenablement aux dires du Conseil qui relève que, certes, le dispositif porte incontestablement atteinte à la vie privée - puisque les appareils, qui volent haut et se déplacent vite, sont susceptibles de capter et transmettre des images concernant non seulement une ou plusieurs personnes déterminées, en suivant leurs déplacements dans des lieux publics, mais également celles d'un nombre très important de personnes sans lien avec la procédure judiciaire en cause -, l'atteinte portée n'est pas disproportionnée. De fait, le dispositif est limité à quelques hypothèses précisément circonscrites (nécessités d'une enquête ou d'une instruction portant sur un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, d'une procédure d'enquête ou d'instruction de recherche des causes de la mort ou de la disparition prévue aux articles 74, 74-1 et 80-4 du Code de procédure pénale ou d'une procédure de recherche d'une personne en fuite prévue à l'article 74-2 du même Code). Sa validité est en outre grandement confortée par l'intervention d'un magistrat de l'ordre judiciaire puisque les opérations se déroulent sous l'autorité et le contrôle du magistrat de l'ordre judiciaire qui les a autorisées et peut à tout moment ordonner leur interruption. Dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire ou d'une procédure de recherche, le procureur de la République ne peut autoriser le recours à ces dispositifs techniques que pour une durée maximale d'un mois, renouvelable une fois. Dans le cadre d'une instruction ou d'une information pour recherche des causes de la mort ou de la disparition, le juge d'instruction peut l'autoriser pour une durée maximale de quatre mois, renouvelable, sans que la durée totale des opérations puisse excéder deux ans. On notera encore que le recours aux drones est permis aussi bien en phase d'enquête que d'instruction, le procureur de la République étant désormais considéré comme garant des libertés individuelles, au même titre que son homologue du siège. Le Conseil poursuit donc le travail de sàpe contre le juge d'instruction qui continue par conséquent à être dépossédé de ses attributs, notamment celui de gardien des libertés, classiquement propre à la qualité de juge du siège. La décision d'autorisation doit, bien évidemment, préciser tous les éléments utiles à sa mise en œuvre comme à sa validité : elle doit être mentionnée ou versée au dossier de la procédure, permettre d'identifier les lieux

concernés et préciser sa durée, les opérations ne pouvant, à peine de nullité, avoir un autre objet que celui pour lequel elles ont été autorisées. Enfin, tout élément de la vie privée qui serait étranger à la procédure ne peut être conservé.

On notera en revanche que, s'agissant de son pendant de police administrative, la validité d'une partie de ce même dispositif de surveillance aéroportée n'a tenu qu'au fil des réserves constitutionnelles (énoncées pour assurer la proportionnalité de ces mesures pour le moins intrusives), tandis que certains aspects n'ont pas réussi à obtenir leur brevet de constitutionnalité.

Ainsi, et en premier lieu, si le préfet peut autoriser police et gendarmerie nationales comme militaires déployés sur le territoire national (aux fins de prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques de commission de certaines infractions, de protection des bâtiments et installations publics et de leurs abords immédiats particulièrement exposés à des risques d'intrusion ou de dégradation, de sécurité des rassemblements de personnes lorsque ceux-ci sont susceptibles d'entraîner des troubles graves à l'ordre public, de prévention d'actes de terrorisme, de régulation des flux de transport aux seules fins du maintien de l'ordre et de la sécurité publics, de surveillance des frontières et de secours aux personnes : peu d'hypothèses donc !) et agents des douanes (pour prévenir les mouvements transfrontaliers de marchandises prohibées) à faire usage de ces dispositifs, il lui revient néanmoins de s'assurer de la subsidiarité du dispositif, réserve qui se comprend aisément au regard des innombrables hypothèses de recours mentionnées par le texte. Il doit en effet vérifier qu'il ne peut être employé de moyens moins intrusifs ou que l'utilisation de ces autres moyens serait susceptible d'entraîner des menaces graves pour l'intégrité physique des agents.

Ensuite, si le préfet peut renouveler l'autorisation, il ne peut le faire, sans méconnaître le droit au respect de la vie privée, sans qu'il soit établi que le recours à ces dispositifs aéroportés demeure le seul moyen d'atteindre la finalité poursuivie.

Enfin, si selon l'article L. 242-4 du Code de la sécurité intérieure, les dispositifs aéroportés ne peuvent procéder ni à la captation du son, ni à aucun rapprochement, interconnexion ou mise en relation automatisé avec d'autres traitements de données à caractère personnel, ni comporter de traitements automatisés de reconnaissance faciale, le Conseil précise qu'il ne doit pas être interprété comme autorisant les services compétents à procéder à l'analyse des images au moyen d'autres systèmes automatisés de reconnaissance faciale qui ne seraient pas placés sur ces dispositifs aéroportés. En clair, si les moyens embarqués sur un drone ne peuvent pas se servir des données collectées pour procéder à la reconnaissance faciale des personnes filmées, il ne peut être non plus question d'exploiter les images qu'il aura recueillies par d'autres dispositifs, extérieurs : le Conseil s'oppose ici à toute velléité législative d'introduire le recours à la reconnaissance faciale, même si l'arme de la réserve peut paraître bien vaine devant la fuite en avant vers toujours plus de technique(s) de surveillance (sur ce point, v. G. Marti, L. Cluzel-Métayer, S. Merabet, Droit et intelligence artificielle : *JCP éd. G 2022*, chron. 760, n° 3).

Pour autant, en second lieu, le législateur souhaitait qu'en cas d'urgence résultant d'« *une exposition particulière et imprévisible à un risque d'atteinte caractérisée aux personnes ou aux biens* », les services de l'État puissent recourir immédiatement à ces dispositifs aéroportés, pour une durée maximale de quatre heures, à la seule condition d'en avoir préalablement informé le préfet. En d'autres termes, une autorisation préfectorale n'était pas requise en cas d'urgence - celle-ci n'étant d'ailleurs pas clairement définie - pour utiliser une surveillance aéroportée pendant quatre heures ! Dès lors, il était clair que les dispositions n'assuraient guère une conciliation équilibrée entre préservation de l'ordre public et respect de la vie privée, d'où une première censure.

Elle s'accompagne d'une seconde puisque le législateur n'avait guère pris plus de précautions pour entourer l'utilisation des drones par la police municipale. De fait, le Code de la sécurité intérieure prévoyait que, à titre expérimental et pour une durée de cinq ans à compter de la promulgation de la loi déferée, dans l'exercice de leurs missions de prévention des atteintes à l'ordre public et de protection de la sécurité des personnes et des biens, les services de police municipale pouvaient être autorisés à procéder, au moyen de caméras installées sur des aéronefs, y compris sans personne à bord, à la captation, à l'enregistrement et à la transmission d'images. Or, trois éléments vont tuer l'initiative dans l'œuf : d'abord, l'utilisation n'est pas restreinte à des hypothèses graves, ensuite, le législateur n'a pas prévu que le préfet puisse mettre fin au dispositif à tout moment après avoir constaté que les conditions ayant justifié sa délivrance n'étaient plus réunies (ce qui revenait à laisser à la police municipale les pleins pouvoirs pour décider de la fin de la mesure) et, enfin, en cas d'urgence résultant d'« *une exposition particulière et imprévisible à un risque d'atteinte caractérisée aux personnes ou aux biens* », il était même possible de se passer de l'autorisation préfectorale, la seule information de l'autorité suffisant ! Là encore, faute de conciliation suffisante, le Conseil conclut à l'inconstitutionnalité des dispositions déferées. **V. P.**

Conservation des données de connexion pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales. Cons. const., déc. n° 2021-976/977 QPC du 25 fév. 2022 (J. Buisson, *Procédures*, n° 4, Avril 2022, comm. 107 ; F. Peltier, C. Wierre, « L'acharnement thérapeutique de la justice sur les données de connexion des opérateurs de téléphonie », *JCP éd. G 2022*, 544).

Par deux arrêts du 7 décembre 2021 (Cass. crim., 7 déc. 2021, n° 21-83.710, n° 21-83.729), la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité portant sur l'article L. 34-1, II et III, du Code des postes et des communications électroniques, dans sa version en vigueur du 20 décembre 2013 au 31 juillet 2021, autorisant pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions

pénales, la conservation généralisée et indifférenciée pendant un an des données à caractère personnel prévues à l'article R.10-13 du même Code. Il lui était reproché, d'une part, de ne pas réserver une telle conservation aux infractions les plus graves et, d'autre part, de ne pas la soumettre à l'autorisation et au contrôle d'une autorité ou d'une juridiction indépendante, en violation du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et à l'article 34 de la Constitution. La chambre criminelle, partageant la conviction des auteurs des deux questions, les transmet au Conseil.

Ce dernier tranche les deux espèces dans une seule décision : il abroge le texte et règle ensuite les modalités d'application de sa décision.

Au fond. Le Conseil conclut à l'absence de conformité de l'article L. 34-1, II et III du Code des postes et communications électroniques, en ne reprenant toutefois qu'un seul des arguments mis en avant par les auteurs des questions comme par la Cour de cassation : l'absence de limitation de l'obligation de conservation aux infractions les plus graves. Sa solution, pour le moins logique, découle du raisonnement suivant. Le Conseil évalue l'étendue de l'objet des données conservées : elles portent non seulement sur l'identification des utilisateurs des services de communications électroniques, mais aussi sur la localisation de leurs équipements terminaux de communication, les caractéristiques techniques, la date, l'heure et la durée des communications ainsi que les données d'identification de leurs destinataires. En d'autres termes, elles permettent de détenir de nombreux renseignements, particulièrement intrusifs, sur la personne qu'elles concernent. Or, l'article 34 n'organise qu'une conservation générale et indifférenciée des données : tous les utilisateurs de service de communication électronique tombent sous le coup du texte qui impose une conservation des données relatives à ces personnes, quelle qu'en soit la sensibilité et sans considération de la nature et de la gravité des infractions susceptibles d'être recherchées. Il en résulte que le texte n'assure pas une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée des personnes et les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Cette solution n'est guère surprenante tant elle paraît dans le droit fil tant des décisions constitutionnelles précédentes que des préceptes européens. Il faut, de fait, dire, tout d'abord, que le Conseil a déjà développé toute une jurisprudence sur les données de connexion, devenant au fil des décisions de plus en plus sourcilieux sur les garanties devant entourer l'accès ou la conservation des données de connexion. C'est pour cela qu'il rappelle que « *compte tenu de leur nature, de leur diversité et des traitements dont elles peuvent faire l'objet, ces données fournissent sur ces utilisateurs ainsi que, le cas échéant, sur des tiers, des informations nombreuses et précises, particulièrement attentatoires à leur vie privée* » (Cons. const., déc. du 25 fév. 2022 préc., paragr. 11 ; voir déjà, pour une semblable formule : Cons. const., déc. n° 2021-952 QPC du 3 décembre 2021, paragr. 11). La conséquence qu'il en tire est une exigence de garanties propres à assurer les droits des personnes - sujet de l'infraction ou tiers - et, en particulier leur droit au respect de la vie privée. Toutefois, jusque-là, celles-ci entouraient l'accès aux informations par le biais du droit de communication reconnu à différentes autorités agissant, la plupart du temps, en matière pénale (Cons. const., déc. n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015 pour le droit dévolu à l'Autorité de la concurrence ; Cons. const., déc. n° 2017-646/647 QPC du 21 juill. 2017 pour l'Autorité des marchés financiers (AMF) ; Cons. const., déc. n° 2017-752 DC du 8 sept. 2017 pour la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) ; Cons. const., déc. n° 2018-764 QPC du 15 fév. 2019 pour les agents des douanes).

La décision du 25 février 2022 marque une progression dans la position du Conseil constitutionnel qui s'attache désormais également aux précautions devant entourer stockage et conservation des données de connexion. C'est que cet impératif de protection prend sa source, ensuite, dans la jurisprudence européenne. Il faut rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne s'attache depuis le début des années 2010 à ce que des garde-fous entourent, non seulement l'accès aux données mais encore leur conservation (voir CJUE, Grande chambre, 8 avril 2014, affaires jointes C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a.*, à propos de la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE). Elle s'est d'ailleurs opposée à leur conservation généralisée (CJUE, Grande chambre, 21 décembre 2016, affaires jointes C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c/ Post-och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*), même si elle a tout de même admis des inflexions dans diverses hypothèses, comme la sauvegarde de la sécurité nationale, la lutte contre la criminalité grave et la prévention des menaces graves contre la sécurité publique (CJUE, Grande chambre, 6 oct. 2020, affaires jointes C-511/18, C-512/18 et C-520/18, *La Quadrature du Net et autres*; voir aussi CJUE, Grande chambre, 2 mars 2021, *Prokuratuur*, aff. C-746/18 : *JCP éd. G 2021*, act. 328, obs. D. Berlin).

En la forme. L'article 34-1 II et III du Code des postes et des communications électroniques étant abrogé, le Conseil constitutionnel règle les conséquences de sa décision. L'abrogation est certes immédiate, mais elle ne profite pas à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité, ni même à toutes les personnes dont les données de connexion auraient été conservées dans les conditions prévues par le texte avant le 31 juillet 2021, date de modification du texte (L. n° 2021-998, 30 juill. 2021 : P. Rousseau, Prévention d'actes de terrorisme et renseignement - Commentaire de la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 : *Dr. pén.* 2021, étude 18. V. aussi *JCP éd. G 2021*, act. 1012, Aperçu rapide F. Safi), car « *la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* » (Cons. const., déc. du 25 fév. 2022 préc., paragr. 17).

Cette solution paraît en complète contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne puisque « seule la Cour peut, à titre exceptionnel et pour des considérations impérieuses de sécurité juridique, accorder une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle du droit de l'Union à l'égard du droit national contraire à celle-ci » (CJUE, Grande chambre, 23 oct. 2012, *Nelson e.a.*, aff. jointes C-581/10 et C-629/10, points 89 et 91 ; CJUE, quatrième chambre, 23 avr. 2020, *Herst*, aff. C-401/18, points 56 et 57 ; CJUE, Grande chambre, 25 juin 2020, *A e.a. (Éoliennes à Aalter et à Nevele)*, aff. C-24/19, point 84 ; CJUE, Grande chambre, 5 avr. 2022, *G. D. c/ The Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-140/20). Sur la question, v. F. Peltier, C. Wierre, « L'acharnement thérapeutique de la justice sur les données de connexion des opérateurs de téléphonie », préc.). V. P.

ENQUÊTE ET INSTRUCTION. Réquisitions de données informatiques. Cons. const., déc. n° 2021-974 QPC du 25 févr. 2022, M. Youcef Z. ; Cons. const., déc. n° 2022-993 QPC du 20 mai 2022, *M. Lotfi H.* ; Cons. const., déc. n° 2022-1000 QPC du 17 juin 2022, *M. Ibrahim K.*).

Depuis sa décision du 3 décembre 2021 (Cons. const., déc. n° 2021-952 QPC du 3 déc. 2021, *M. Omar Y. : Titre VII - Les cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7 et n° 8, oct. 2021 - avril 2022, p. 324 et s., nos obs.), le Conseil constitutionnel a eu à connaître d'un contentieux fourni, les justiciables n'hésitant guère à soulever des questions prioritaires de constitutionnalité dès lors qu'ils se trouvent visés par des requêtes adressées par des magistrats ou des membres de la police judiciaire à des organismes publics ou à certaines personnes morales de droit privé afin de recueillir des informations issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives. Les décisions des 25 février, 20 mai et 17 juin 2022 en sont des illustrations.

Dans la première décision (Cons. const., déc. n° 2021-974 QPC du 25 fév. 2022), le Conseil était saisi par un justiciable de la conformité au droit au respect de la vie privée ainsi qu'aux droits de la défense et au droit à un recours juridictionnel effectif de l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale dans sa rédaction résultant de la loi du 24 décembre 2020 en ce qu'il permet au procureur de la République mais aussi, sur autorisation de celui-ci, aux officiers de police judiciaire et agents de police judiciaire, réalisant une enquête préliminaire, de requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête, des données de connexion. Dans la deuxième décision (Cons. const., déc. n° 2022-993 QPC du 20 mai 2022), un autre justiciable formulait le même grief mais cette fois au sujet de l'article 60-1 du Code de procédure pénale qui instaure un pouvoir semblable de réquisition des autorités des données de connexion mais dans le cadre d'une enquête de flagrance. Dans la dernière affaire (Cons. const., déc. n° 2022-1000 QPC du 17 juin 2022) était formulé de nouveau le même grief dans le cadre, non plus d'une enquête policière, mais en phase d'instruction, l'article 99-3 du Code de procédure pénale autorisant le juge d'instruction ou, sur commission rogatoire, l'officier de police judiciaire, à requérir de telles données.

La première décision ne retiendra que peu l'attention du point de vue de son contenu puisqu'elle se borne à rappeler l'autorité des décisions rendues par le Conseil qui s'oppose à ce qu'il statue de nouveau sur une question relative à la même version d'une disposition déjà déclarée contraire à la Constitution, sauf changement de circonstances. Il faut dire que la première décision est en tout point semblable à l'affaire déjà examinée par lui. Dans une décision du 3 décembre 2021, il déclarait déjà les mots « *y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives,* » figurant à la première phrase du premier alinéa de l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020, et « *aux réquisitions prévues par le premier alinéa de l'article 60-2* » figurant au premier alinéa de l'article 77-1-2 du même Code, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice contraires à la Constitution, le législateur n'ayant pas pris le soin d'entourer la procédure de garanties suffisantes.

Les deux autres décisions doivent davantage retenir l'attention car elles sont l'occasion, au terme d'un raisonnement identique, de déclarer, au contraire, les textes examinés conformes à la Constitution. Elles permettent de mieux comprendre ce que l'on peut entendre par « *garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la recherche des auteurs d'infractions* ».

Après avoir rappelé, comme à l'accoutumée, qu'en raison de leur nature, de leur diversité et des traitements dont elles peuvent faire l'objet, les données de connexion fournissent sur les personnes en cause ainsi que, le cas échéant, sur des tiers, des informations nombreuses et précises, particulièrement attentatoires à leur vie privée, le Conseil expose deux séries d'éléments permettant d'apprécier la juste conciliation entre l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infraction et le droit au respect de la vie privée.

En premier lieu, il s'attache à analyser le cadre dans lequel la requête est formulée. Qu'il s'agisse d'un cadre policier -- enquête préliminaire ou de flagrance -- ou d'un cadre judiciaire -- instruction --, il est nécessaire, d'une part, que l'infraction soit d'une certaine gravité et d'autre part, que les opérations soient enfermées dans un cadre temporel précis. Ainsi, dans la décision du 20 mai rendue en matière d'enquête de flagrance, le Conseil prend le soin de relever que le texte permet des réquisitions dans le cadre d'une enquête portant sur un crime ou un délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, à l'inverse - c'est nous qui le relevons - de la même requête formulée en enquête préliminaire qui peut porter sur tout type d'infraction (ce que le Conseil avait relevé dans la décision du 3 déc. 2021). De façon comparable, dans la décision du 17 juin 2022, le Conseil s'attache à remarquer que l'ouverture d'une information judiciaire n'est obligatoire qu'en matière criminelle et pour certains délits, ce qui renvoie là encore à une considération tenant à la gravité de l'infraction. En dehors de cette hypothèse, le Conseil relève qu'une information peut être ouverte pour les autres infractions, ce qui vient tempérer le critère de la gravité mais il estime que, dans ce cas, le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République ou, en matière correctionnelle et dans les conditions des articles 85 et suivants du Code, à la suite d'une plainte avec

constitution de partie civile. L'argument emporte moins la conviction. Le Conseil semble ainsi laisser de côté le critère de la gravité de l'infraction au profit des filtres qui permettent de limiter le nombre d'affaires susceptibles de donner lieu à une infraction et donc à une réquisition de données de connexion. Il n'en demeure pas moins que tout délit peut donner lieu à une telle instruction, ce qui réduit assez notablement la portée du critère développé par le Conseil.

Toujours au sujet du cadre de l'opération, le Conseil s'attache d'autre part à la durée des investigations. Il relève que la durée de l'enquête de flagrance est limitée à 8 jours voire à 16 jours si la durée initiale est prolongée, sur décision du procureur de la République pour les enquêtes portant sur des crimes ou des délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans et si les investigations ne peuvent être différées. En matière d'instruction, il procède de façon semblable en se référant aux articles 175-2 et 221-1 du Code de procédure pénale qui imposent, sous le contrôle de la chambre de l'instruction, que l'instruction n'excède pas un délai raisonnable au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen, de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité et de l'exercice des droits de la défense.

En second lieu, et de façon complémentaire au critère tenant au cadre de l'opération, le Conseil s'assure de l'existence et du contrôle de la réquisition par un magistrat. Ainsi, en enquête de flagrance, il souligne que les réquisitions ne peuvent intervenir qu'à l'initiative du procureur de la République ou sous son contrôle (déc. du 20 mai 2022, paragr. 13). De même, en matière d'instruction, lorsque les réquisitions sont faites par un officier de police judiciaire, elles sont placées sous la direction et le contrôle du juge d'instruction qui a délivré commission rogatoire. Ainsi, le Conseil répond au grief formulé par les requérants qui se plaignaient d'une absence de contrôle de la mesure par une juridiction indépendante. Le Conseil profite d'ailleurs de l'occasion pour rappeler discrètement que lorsque la mesure est placée sous le contrôle du magistrat du parquet, elle est bien sous le contrôle d'un magistrat de l'ordre judiciaire, ce qui est un moyen de rappeler qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet, les uns et les autres formant partie de l'autorité judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution (déc. du 20 mai 2022, paragr. 13).

Par ces deux séries de critères, le Conseil livre une grille d'analyse qui permet de mieux comprendre les conditions de délivrance de ces réquisitions en conformité avec le droit au respect de la vie privée, un droit que le Conseil fonde, comme il le fait depuis 1999 (Cons. const., déc. n° 99-416 DC du 23 juill. 1999, cons. 45), sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté* » et *la résistance à l'oppression* » en considérant que « *la liberté proclamée par cet article implique le droit au respect de la vie privée* » (pour le rappel de ce fondement, déc. du 20 mai 2022, paragr. 5 et déc. du 17 juin 2022, paragr. 6).

L'intervention du législateur le 2 mars 2022 (loi n° 2022-299 du 2 mars 2022 visant à combattre le harcèlement scolaire) devrait venir mettre un coup d'arrêt à ce contentieux puisque désormais un article 60-1-2 a été inséré dans le Code, venant circonscrire le recours à ces réquisitions à certaines infractions limitativement énumérées par le texte aussi bien en enquête de flagrance (par renvoi des articles 60-1 et 60-2), qu'en enquête préliminaire (par renvoi des articles 77-1-1 et 71-1-2 à cet article 60-1-2) ou en instruction (par renvoi de l'article 99-3 à ce même article 60-1-2). Selon ce nouvel article : « *À peine de nullité, les réquisitions portant sur les données techniques permettant d'identifier la source de la connexion ou celles relatives aux équipements terminaux utilisés mentionnées au 3° du II bis de l'article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques ou sur les données de trafic et de localisation mentionnées au III du même article L. 34-1 ne sont possibles, si les nécessités de la procédure l'exigent, que dans les cas suivants : 1° La procédure porte sur un crime ou sur un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement ; 2° La procédure porte sur un délit puni d'au moins un an d'emprisonnement commis par l'utilisation d'un réseau de communications électroniques et ces réquisitions ont pour seul objet d'identifier l'auteur de l'infraction ; 3° Ces réquisitions concernent les équipements terminaux de la victime et interviennent à la demande de celle-ci en cas de délit puni d'une peine d'emprisonnement ; 4° Ces réquisitions tendent à retrouver une personne disparue dans le cadre des procédures prévues aux articles 74-1 ou 80-4 du présent Code ou sont effectuées dans le cadre de la procédure prévue à l'article 706-106-4* ». É. B.

ENQUÊTE. Droit de se taire et droit à l'assistance d'un tuteur ou d'un curateur. Cons. const., déc. n° 2021-975 QPC du 25 févr. 2022, *M. Roger C. Botton*, « **Le droit de se taire, un grief efficace** », *RSC* 2022. 419 ; V. Tellier-Cayrol, « **Nouvelles obligations d'information en cas de mise en cause d'un majeur protégé** », *D.* 2022. 690).

Dans le prolongement des très nombreuses décisions déjà rendues au sujet du droit de se taire dans le contentieux des mesures de sûreté (v. *Titre VII -- Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7 et n° 8, oct. 2021 -- avril 2022, p. 333 et s., nos obs., et p. 464 et s., obs. H. Surré), le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la conformité de l'article 77-1 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction résultant de la loi du 23 mars 2019, à la Constitution. Ce texte permet au procureur de la République d'avoir recours, dans le cadre d'une enquête préliminaire, à toutes personnes qualifiées pour procéder à des contestations ou examens techniques ou scientifiques. Sa conformité à la Constitution était contestée par le requérant qui lui reprochait de ne pas prévoir que la personne mise en cause soit informée de son droit de garder le silence lorsqu'elle est entendue sur les faits qui lui sont reprochés par cette personne qualifiée. Était donc ici invoquée une prétendue méconnaissance du droit de se taire.

Après avoir rappelé le fondement de ce droit que le Conseil rattache à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et donc au principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, il déclare la disposition contestée non conforme à la Constitution. Il relève que lors de ces constatations ou

examens, la personne requise a la faculté d'interroger la personne mise en cause sur les faits qui lui sont reprochés. Cette dernière peut ainsi être amenée, en réponse aux questions qui lui sont posées, à faire des déclarations qui pourraient être contraires à ses intérêts. Le risque est d'autant plus grand que ces réponses sont consignées dans un rapport que la personne qualifiée va transmettre au procureur de la République, rapport qui est susceptible ensuite d'être transmis à la juridiction de jugement. C'est donc une nouvelle fois la crainte de l'usage ultérieur qui pourrait être fait des déclarations d'une personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, déclarations qui pourraient fonder ou servir à fonder la déclaration de culpabilité de la personne mise en cause, qui justifie que l'on doive, à tous les stades de la procédure, notifier à la personne le droit qui est le sien de se taire.

Par cette décision, on constate ainsi une double extension du périmètre de l'obligation de notification du droit de se taire. Du côté du débiteur de l'obligation, force est de constater qu'elle pèse non seulement sur les autorités policières et judiciaires mais aussi désormais sur toute autre personne qualifiée. Du côté du créancier de cette obligation, et contrairement aux décisions rendues dans le cadre du contentieux de la détention provisoire, la notification n'est pas limitée aux seules personnes à l'endroit desquelles il existe des indices rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission de l'infraction (Cons. const., déc. n° 2020-886 QPC du 4 mars 2021, *M. Oussama C.* ; Cons. const., déc. n° 2021-895/901/902/903 QPC du 9 avril 2021, *M. Francis S. et autres* ; Cons. const., déc. n° 2021-920 QPC du 18 juin 2021, *M. Al Hassane S.*). Elle profite plus largement à toutes les personnes à l'encontre desquelles il existe, *a minima*, des raisons plausibles de soupçonner qu'elles aient commis ou tenté de commettre une infraction. La modification récente de l'article préliminaire du Code de procédure pénale tel que complété par la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire est bien en ce sens. Ce texte dispose désormais, dans son avant-dernier alinéa : « *En matière de crime ou de délit, le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés est notifié à toute personne suspectée ou poursuivie avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté, lors de sa première présentation devant un service d'enquête, un magistrat, une juridiction ou toute personne ou tout service mandaté par l'autorité judiciaire. Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que ledit droit ait été notifié.* ».

Un second grief était formulé dans cette décision portant sur la conformité de l'article 706-112-2 du Code de procédure pénale issu de la loi du 23 mars 2019 et prévoyant l'obligation pour l'officier de police judiciaire d'aviser le tuteur ou le curateur de l'audition libre d'une personne faisant l'objet d'une mesure de protection juridique. Selon le requérant, cette disposition, en ce qu'elle ne prévoit qu'une obligation d'informer le tuteur ou le curateur de la mesure sans prescrire également une obligation pour l'OPJ d'aviser celui-ci du pouvoir qu'il a de désigner ou de faire désigner un avocat pour assister la personne serait contraire aux droits de la défense et, pour ces motifs, entachée d'incompétence négative.

Le Conseil estime que l'obligation d'aviser de l'audition libre du majeur protégé le tuteur ou le curateur « *implique nécessairement celle de l'informer de la possibilité qu'il a de désigner ou de faire désigner un avocat pour assister ce dernier* » (paragr. 17). Le grief tiré de la méconnaissance des droits de la défense est donc écarté, d'un revers de main pourrions-nous dire, par le Conseil et l'article est déclaré conforme à la Constitution. Cette solution va ainsi, à en croire le Conseil, sans dire. Contrairement à la chambre criminelle de la Cour de cassation qui estimait que le tuteur ou le curateur peut ne pas être en mesure d'assister le majeur protégé dans l'exercice de son droit de la défense, faute d'avoir été informé du pouvoir qui est le sien de désigner ou de faire désigner un avocat, le Conseil estime que le simple avertissement du mandataire permet, en lui-même, de garantir l'effectivité des droits de la défense (Cass. crim., 7 déc. 2021, pourvoi n° 21-90038). Dépourvue de davantage d'explication, la solution ne pouvait parfaitement convaincre et l'on peut se réjouir de constater que désormais, explicitement, cette obligation d'aviser le curateur ou le tuteur de ce pouvoir est prévue dans la partie réglementaire du Code qui, depuis un décret du 23 décembre 2021, a été complété d'un article D. 47-14 au terme duquel : « *Lorsque le tuteur, le curateur ou le mandataire spécial est avisé en application de l'article [706-112-1], il est informé, si ces droits n'ont pas déjà été exercés : 1° qu'il peut désigner un avocat ou demander qu'un avocat soit désigné par le bâtonnier ; 2° qu'il peut demander que la personne soit examinée par un médecin* » (C. pr. pén., art. D. 47-14 al. 1).

Bien que la question n'ait pas été, à ce jour, posée au Conseil, il y a tout lieu de penser que le même raisonnement serait conduit s'agissant, non plus de l'audition libre, mais de la garde à vue (de façon comparable, v. C. pr. pén., art. 706-112-1, al. 2. au sujet de la garde à vue. V. également D. 47-14 dernier alinéa prévoyant : « *Lorsque le tuteur ou le curateur est avisé en application de l'article [706-112-2], les dispositions des deux premiers alinéas du présent article sont applicables* »). Il en va nécessairement différemment une fois les poursuites engagées car c'est alors directement au procureur de la République ou au juge d'instruction qu'incombe l'obligation de faire désigner, par le bâtonnier, un avocat et non au mandataire de faire office d'intermédiaire dans cette désignation (C. pr. pén., art. 706-116, al. 2). **É. B.**

Instruction. Droit du témoin assisté. Impossibilité pour le témoin assisté d'interjeter appel de certaines ordonnances du juge d'instruction à la différence de la personne mise en examen. Cons. const., déc. n° 2022-999 QPC du 17 juin 2022.

Alors que les États généraux de la justice viennent de rendre leur feuille de route et invitent le législateur, dans le but de simplifier la justice pénale sans toutefois l'affaiblir, à favoriser le statut de témoin assisté par rapport à celui de mis en examen - ce dernier devant être réservé au cas où des mesures coercitives sont envisagées - (« Les États généraux de la justice dressent une feuille de route », *Dalloz actualité* du 9 juin 2022), la Cour de cassation

campe sur la distinction en rappelant que le témoin assisté n'est pas une partie à la procédure de sorte qu'il ne dispose que de droits limités, ceux prévus par le Code, spécialement en matière de recours contre les décisions. En vertu de l'article 186-1 du Code de procédure pénale, en effet, seules les parties peuvent faire appel des ordonnances prévues par le neuvième alinéa de l'article 81, par les articles 82-1 et 82-3 et par le deuxième alinéa de l'article 156. Ce droit n'est en revanche pas reconnu au témoin assisté qui n'est pas une « partie » et dont les droits sont cantonnés par l'article 113-3 du Code de procédure pénale. Ainsi, et alors même que l'article 82-3 du Code permet à une personne mise en examen et au témoin assisté de saisir le juge d'instruction d'une demande tendant à voir constater l'acquisition de la prescription de l'action publique, seule la personne mise en examen est en mesure d'interjeter appel contre cette décision. *A contrario*, le témoin assisté ne dispose donc pas d'un tel droit, mais pour combien de temps encore ?

La question se pose à la lecture de la décision rendue par le Conseil le 17 juin 2022 puisque le requérant - en l'occurrence, l'établissement public industriel commercial La monnaie de Paris - faisait grief aux articles 113-3 et 186-1 de contrevenir aux principes d'égalité devant la loi et devant la justice ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif.

Si le Conseil constitutionnel déclare l'article 82-3 contraire à la Constitution, sa décision est digne du plus grand intérêt car la méconnaissance du principe d'égalité n'est pas fondée sur la différence globale des règles existant entre le témoin assisté et la personne mise en examen, mais sur la spécificité de la demande qui peut être faite sur le fondement de cet article. En effet, le Conseil explique dans un premier temps de sa décision (paragr. 8) que le témoin assisté et la personne mise en examen ne sont pas placés dans une situation identique, de sorte que le législateur peut parfaitement prévoir des règles de procédures différentes y compris s'agissant des voies de recours. Il recense ainsi un ensemble de différences entre les deux statuts tenant notamment à l'impossibilité de priver ou de restreindre la liberté d'un témoin assisté en le plaçant sous contrôle judiciaire, sous assignation à résidence sous surveillance électronique ou en détention provisoire (ces mesures privatives ou restrictives de droit supposent en effet toute une mise en examen préalable de la personne : C. pr. pén., art. 138, 142-5 et 143-1) ou encore à l'impossibilité pour le juge d'ordonner le renvoi ou la mise en accusation d'une personne ayant seulement le statut de témoin assisté devant une juridiction de jugement (Cass. crim., 17 sept. 2014, pourvoi n° 14-84.187 ; *AJ pénal* 2015, p. 160, obs. Girault). Toutefois, dans un second temps, et en s'attachant cette fois non plus aux règles générales, mais aux conditions d'application de l'article 82-3 du Code, il constate que la demande tendant à voir constater la prescription de l'action publique est soumise à une règle de forclusion. Elle doit en effet être présentée dans les six mois suivant la mise en examen ou la première audition du témoin assisté. Cette forclusion est donc opposable à une personne qui a toujours eu l'un des deux statuts mais aussi à celle qui a d'abord été entendue comme témoin assisté puis a fait l'objet d'une conversion de statut pour être placée sous celui de personne mise en examen. Or, pour cette dernière, une difficulté peut se présenter puisqu'elle peut ainsi se trouver privée du droit qui est pourtant le sien d'interjeter appel de la décision de refus du juge d'instruction si le délai de six mois depuis qu'elle a été placée sous le statut de témoin assisté a expiré. Le Conseil en déduit qu'il résulte de ce texte une distinction injustifiée entre les personnes mises en examen selon qu'elles ont précédemment été ou non témoins assistés, ce qui le conduit à conclure à la méconnaissance du principe d'égalité devant la justice. Cette déclaration d'inconstitutionnalité prendra effet au 31 mars 2023, le Conseil ayant estimé qu'une abrogation immédiate des dispositions entraînerait des conséquences manifestement excessives puisqu'elle aurait pour effet de priver les parties du droit d'interjeter appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction sur le fondement de l'article 82-3 du Code.

L'inégalité ici sanctionnée ne résulte donc pas tant d'une différence entre le témoin assisté et la personne mise en examen, comme semblait le considérer la Cour de cassation qui opérait le renvoi de la question (Cass. crim., 20 avril 2022, pourvoi n° 21-86.542). Pour la Cour de cassation en effet, « *l'ouverture de la voie de l'appel à la seule personne mise en examen contre la décision de refus du juge d'instruction de constater l'acquisition de la prescription de l'action publique pourrait constituer une distinction injustifiée au détriment du témoin assisté, en l'état privé du bénéfice du double degré de juridiction, alors même que pour les deux personnes, le constat de l'acquisition de la prescription de l'action publique entraîne la même conséquence favorable, soit la fin de tout risque de poursuites* ». Le Conseil constitutionnel préfère ne pas s'engager sur ce terrain en comparant, à l'aune du principe d'égalité devant la justice, la situation de la personne mise en examen directement et celle de la personne initialement placée sous le statut de témoin assisté. Sauf à ce que le législateur vienne effacer la distinction entre le témoin assisté et la personne mise en examen, elle semble avoir encore de beaux jours devant elle. **É. B.**

II. PEINE

EXÉCUTION DES PEINES. Mise à exécution d'une peine. Procédure d'exécution sur le territoire français d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction d'un État membre de l'Union européenne. Cons. const., déc. n° 2021-959 QPC du 7 janv. 2022.

Au sein de l'Union européenne, la mise à exécution sur le territoire français d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction d'un autre État membre de l'Union européenne est possible mais elle suppose le respect d'une procédure particulière décrite aux articles 728-10 et suivants du Code de procédure pénale. Le procureur de la République doit être saisi des demandes de reconnaissance et d'exécution sur le territoire français de ces décisions car il a compétence pour se prononcer sur elles. Lorsque la personne condamnée est de nationalité étrangère, la reconnaissance du caractère exécutoire de la décision sur le territoire français est subordonnée à son consentement (C. pr. pén., art. 728-11, 3°), consentement qu'il peut refuser de donner pour différents motifs et notamment s'il estime que l'exécution en France d'une condamnation n'est pas de nature à favoriser la réinsertion sociale de la

personne (C. pr. pén., art. 728-43). Pour ce motif de refus, des règles spécifiques ont été prévues s'agissant de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France. La personne n'est pas recevable à saisir la chambre des appels correctionnels pour contester ce refus (C. pr. pén., art. 728-48, al. 2). Cette privation du droit de recours se retrouve au second degré. Lorsque la chambre des appels correctionnels est saisie d'un recours, le procureur général peut refuser de consentir à l'exécution de la peine en France, ce qui conduit la juridiction à lui donner acte de ce refus sans que la personne concernée puisse contester la décision (C. pr. pén., art. 728-52, al. 2).

C'est cette double impossibilité de contester la décision de refus - qu'elle émane du procureur de la République au premier degré ou de la chambre des appels correctionnels lorsqu'elle est saisie et qu'elle exerce les attributions du procureur de la République - qui a donné lieu, devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, à la question prioritaire de constitutionnalité (Cass. crim., 6 oct. 2021, pourvoi n° 21-90.031). Le requérant estimait en effet que les articles 728-48, alinéa 2 et 728-52, alinéa 2, du Code de procédure pénale portent atteinte aux articles 2, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'alinéa 10 du Préambule de 1946 en ce qu'ils ne prévoient pas un recours juridictionnel effectif à l'encontre des décisions de refus de reconnaissance et d'exécution de jugement étranger sur le territoire français dans le cas visé par l'article 728-11, 3°, du même Code. Cette question fut précisée par la chambre criminelle de la Cour de cassation à l'occasion de sa décision de renvoi au Conseil. Elle mit en effet en exergue deux problèmes différents susceptibles de se poser. D'une part, elle soulignait le risque de violation du droit au respect de la vie privée ainsi que du droit à mener une vie familiale normale, deux droits protégés respectivement par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le Préambule de la Constitution de 1946. Elle jugeait que l'impossibilité ainsi définie est susceptible de porter une atteinte grave et disproportionnée à ces droits si l'étranger vit en France et y a des attaches familiales. D'autre part, elle raisonnait par référence au droit à un recours juridictionnel effectif, qui résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui peut être de nature à justifier que le refus opposé par le ministère public soit susceptible d'être contesté devant un juge, chargé d'apprécier si ce refus porte ou non une atteinte disproportionnée aux droits précités.

Le Conseil déclare les deux dispositions non conformes à la Constitution au terme d'un raisonnement fort succinct en caractérisant uniquement une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif. Il se borne en effet à indiquer qu'« *au regard des conséquences qu'est susceptible d'entraîner pour ces personnes une telle décision, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de cette décision méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la déclaration de 1789* » (paragr. 10). À elle seule, cette méconnaissance le conduit ainsi à prononcer une déclaration d'inconstitutionnalité qui prend effet dès le 8 janvier 2022, y compris pour les affaires non définitivement jugées à cette date, aucun motif ne justifiant de reporter dans le temps les effets de la déclaration. Depuis lors, l'alinéa 2 de l'article 728-48 selon lequel « *Toutefois, la personne condamnée n'est pas recevable à saisir la chambre des appels correctionnels en cas de refus d'exécution opposé dans le cas prévu au 3° de l'article 728-11* » a été supprimé. Il en est de même de l'alinéa 2 de l'article 728-52 qui disposait : « *Si la demande de reconnaissance et d'exécution présentée par l'autorité compétente de l'État de condamnation entre dans les prévisions du 3° de [l'article 728-11] et si le procureur général déclare ne pas consentir à l'exécution, la chambre des appels correctionnels lui en donne acte et constate que la peine ou la mesure de sûreté privative de liberté ne peut être mise à exécution en France* ». Ces règles particulières, uniquement applicables au cas où le magistrat refuse la reconnaissance en se fondant sur le motif de l'article 728-11, 3° du Code n'ayant plus cours, la décision par laquelle le procureur de la République reconnaît ou refusait de reconnaître la décision de condamnation prononcée par un autre État comme étant exécutoire sur le territoire français obéit aux mêmes règles que l'ensemble des décisions rendues en la matière. Elle est notifiée à la personne condamnée sans délai et celle-ci dispose d'un délai de 10 jours pour saisir la chambre des appels correctionnels aux fins de contester la décision (C. pr. pén., art. 728-48). La chambre des appels correctionnels statue alors sur la requête dans les conditions décrites aux articles 728-51 et suivants du Code, par une décision elle-même susceptible d'un pourvoi en cassation (C. pr. pén., art. 728-53). Le principe du double degré de juridiction se trouve ainsi rétabli.

CUMUL DE SANCTIONS. Sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers. Nature des sanctions. Cons. const., déc. n° 2021-965 QPC du 28 janv. 2022, (Dr. pénal 2022, comm. 58).

Depuis le 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel, obéissant alors aux préceptes énoncés par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Grande Stevens* du 4 mars 2014 (CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, req. n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 227 ; voir aussi CEDH, 27 nov. 2014, *Lucky Dev c. Suède*, req. n° 7356/10), a déployé un dispositif propre à déterminer si les sanctions fulminées par deux textes - l'un pénal, l'autre de nature « extra-pénale » - applicables dans la même affaire peuvent se cumuler (Cons. const., déc. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 : *JCP éd. G* 2015, 368, obs. F. Sudre et 369, obs. J.-H. Robert, *Dr. pén.* 2015, comm. 79, obs. V. Peltier ; *Rev. Pénit.* 2015, p. 41 et s., note V. Peltier). Les critères, à l'origine au nombre de quatre, puis opportunément réduits à trois après les affaires Cahuzac et Wildenstein (Cons. const., déc. n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016 : *Dr. pénal* 2016, comm. 135), sont rappelés dans une formule consacrée : « *il découle du principe de nécessité des délits et des peines qu'une même personne ne peut faire l'objet de plusieurs poursuites tendant à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux* » (Cons. const., déc. du 28 janv. 2022 préc., paragr. 14). Si l'on peut comprendre qu'il peut paraître injuste qu'une personne fasse, pour les mêmes faits, l'objet de plusieurs sanctions de nature identique, reste encore à déterminer cette identité car le Conseil constitutionnel n'a jamais eu une position claire sur la question ou, plutôt, a adopté une position qui lui permet de juger au doigt mouillé, au détriment de la rectitude juridique la plus élémentaire (voir, pour un exemple symptomatique et

presque caricatural, Cons. const., déc. du 18 mars 2015 préc. et Cons. const., déc. n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janv. 2016 : *Dr. pénal* 2016, comm. 152, décisions dans lesquelles les mêmes sanctions sont une fois de nature identique, une fois de nature différente en fonction des *quanta* encourus). C'est que le Conseil a d'abord choisi de déterminer cette fameuse identité en jugeant de la sévérité des « blocs » de sanctions prévus par chaque texte (voir, pour une amorce de sa jurisprudence : Cons. const., déc. n° 2016-550 QPC du 1^{er} juill. 2016 ; Cons. const., déc. n° 2016-556 QPC du 22 juill. 2016 ; Cons. const., déc. n° 2016-570 QPC et n° 2016-573 QPC du 29 septembre 2016, : *Dr. pénal* 2016, comm. 165).

Toutefois, l'année 2021 avait semblé marquer un reflux de cette position puisque le Conseil avait paru s'en tenir à la nature intrinsèque des sanctions encourues pour juger de leur potentielle identité. Ainsi, dans plusieurs décisions, il s'était départi de son appréciation de la gravité des blocs de sanctions en présence pour adopter une évaluation plus conforme à la rigueur juridique requise (Cons. const., déc. n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021 : *Dr. pénal* 2021, comm. 101 ; Cons. const., déc. n° 2021-937 QPC du 7 oct. 2021 ; Cons. const., déc. n° 2021-953 QPC du 3 déc. 2021 : *Titre VII*, [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-penal-et-de-procedure-penale-juillet-a-decembre-2021>]), confirmant ainsi une première décision de 2019, qui avait pu semer le doute (Cons. const., déc. n° 2019-783 QPC du 17 mai 2019).

C'est donc avec une certaine inquiétude que l'on lit la décision du 28 janvier 2022. En effet, le Conseil constitutionnel y renoue avec son ancien mode d'évaluation de l'identité de nature des sanctions : « *le délit prévu à l'article L. 642-2 du Code monétaire et financier est puni, lorsque sont en cause des personnes physiques, de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende et, lorsque sont en cause des personnes morales, conformément aux règles énoncées par l'article 131-38 du Code pénal, d'une amende de 1 500 000 euros. Ces sanctions ne sont pas d'une nature différente de celle de l'amende prévue par les dispositions contestées du c du paragraphe III de l'article L. 621-15, dont le montant maximal est fixé à cent millions d'euros ou au décuple du montant de l'avantage retiré du manquement* ». Il faut indiquer, à sa décharge, que tenir compte du type de sanctions applicables conduit inévitablement à une admission quasi généralisée du cumul puisque, en règle générale, les textes répressifs prévoient une privation de liberté en plus de l'amende alors que les textes para-pénaux (dans les matières fiscale, douanière, de concurrence par exemple) ne peuvent avoir recours qu'à l'arme financière. Pour autant, le juriste qui attache de l'importance à la légalité criminelle et à la prévisibilité du Droit peut-il se satisfaire de ce retour en arrière ? V. P.

CUMUL DE SANCTIONS. Cumul de poursuites et de sanctions en cas d'opposition à un contrôle fiscal. Identité de faits. Cons. const., déc. n° 2022-988 QPC du 8 avr. 2022. Sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers. Cons. const., déc. n° 2021-96 QPC du 28 janv. 2022.

La question que le Conseil constitutionnel a eu à trancher le 8 avril 2022 se pose plus rarement. Elle a trait au premier des critères dégagés par la décision du 18 mars 2015 (voir *supra*, commentaire de la décision n° 2021-965 QPC du 28 janv. 2022) : l'identité de faits. Il est en effet impossible de cumuler poursuites et sanctions lorsque les procédures pénale et para-pénale (fiscale, douanière ou autre droit de la concurrence) concernent des « *faits qualifiés de manière identique* ». Là encore, si la règle, émanée du principe *non bis in idem*, paraît simple, la difficulté réside dans le fait de savoir comment déterminer cette identité dans la mesure où, par hypothèse, l'ensemble des situations litigieuses constituent des concours idéaux de qualifications (un individu adopte un comportement qui relève de l'application de plusieurs textes, ici pénal et para-pénal).

Selon ce critère, les dispositions contestées doivent définir et qualifier de la même manière les faits qui fondent les doubles poursuites. Ainsi, la décision du 18 mars 2015 a vu s'affronter deux qualifications - le délit d'initié (pénal) et le manquement d'initié (boursier)- qui définissaient le comportement litigieux de façon semblable : l'acte ne pouvait être commis qu'à l'occasion de certaines fonctions, les textes exigeant de surcroît une intention et la définissant de la même façon (Cons. const., déc. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 : *JCP éd. G* 2015, 368, obs. F. Sudre et 369, obs. J.-H. Robert, *Dr. pén.* 2015, comm. 79, obs. V. Peltier ; *Rev. Pénit.* 2015, p. 419 et s., note V. Peltier). La jurisprudence est, sur ce point, certes fort peu discuté par les auteurs de QPC, relativement stable (pour un autre exemple, Cons. const., déc. n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021 : « *en qu'elles permettent de sanctionner des entraves au contrôle de l'Autorité de la concurrence, commises par des entreprises de manière intentionnelle, les dispositions de l'article L. 450-8 du Code de commerce et les dispositions [de l'article L. 464-2 V, al. 2 du Code de commerce] tendent à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique* »). La décision du 28 janvier 2022 en est une illustration supplémentaire. En l'espèce, se trouvaient en conflit l'article L. 642-2 du Code monétaire et financier réprimant pénalement le fait, pour toute personne, de faire obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers ou de lui communiquer des renseignements inexacts et l'article L. 621-15 II f punissant les refus opposés aux demandes des enquêteurs et contrôleurs de l'Autorité des marchés financiers. Le Conseil considère alors qu'un tel refus constitue un obstacle à une mission de l'AMF, incriminé par l'article L. 642-2. Il retient donc une identité juridique des faits puisque celle-ci découle de la façon dont les actes sont *incriminés* par la loi.

C'est pourquoi il ne faut pas en conclure, au motif que la situation est toujours celle d'un concours idéal de qualifications, que le critère de l'identité de faits est toujours rempli. La décision du 8 avril 2022 en fournit une illustration puisque le Conseil, très clair sur ce point, rappelle que « *la seule circonstance que plusieurs incriminations soient susceptibles de réprimer un même comportement ne peut caractériser une identité de faits au sens des exigences résultant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 que si ces derniers sont qualifiés de manière identique* » (Cons. const., déc. du 8 avr. 2022 préc. paragr. 10). En l'espèce, l'article 1746 du Code général des impôts réprime le comportement de toute personne visant à faire obstacle à l'accomplissement par les agents de l'administration de leurs fonctions, *indépendamment de la mise en œuvre d'un contrôle fiscal et du fait que des droits aient ou non été*

éludés, alors que l'article L. 74 du livre des procédures fiscales ne prévoit une majoration fiscale qu'en cas de fraude fiscale. Par conséquent, même si les deux qualifications se recoupent (on pourrait à cet égard évoquer des qualifications absorbantes - la qualification pénale étant plus large et donc à même d'englober l'incrimination fiscale), elles ne définissent pas le même comportement infractionnel, ce qui conduit le Conseil à exclure l'identité de faits (voir encore Cons. const., déc. n° 2020-838/839 QPC du 7 mai 2020), qui, après avoir rappelé la règle précédemment énoncée, estime que l'article L. 131-11 du Code des juridictions financières (qui, dans sa rédaction résultant de la loi du 28 octobre 2008, prévoit que « *les comptables de fait peuvent, dans le cas où ils n'ont pas fait l'objet pour les mêmes opérations des poursuites prévues à l'article 433-12 du Code pénal, être condamnés à l'amende par la Cour des comptes en raison de leur immixtion dans les fonctions de comptable public* ») ne qualifie pas juridiquement les mêmes faits que les textes relatifs à l'abus de confiance, la concussion, la corruption passive, le détournement de fonds publics ou l'abus de biens sociaux (Cons. const., déc. n° 2020-838/839 QPC du 7 mai 2020). **V. P.**

Citer cet article

Evelyne BONIS ; Virginie PELTIER. « Chronique de droit pénal et de procédure pénale (janvier à juin 2022) », Titre VII [en ligne], n° 9, *La décentralisation*, octobre 2022. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-penal-et-de-procedure-penale-janvier-a-juin-2022>