

# LA VEILLE JURIDIQUE

Centre de Recherche de l'Ecole des Officiers de la Gendarmerie Nationale

N° 111

Février 2023

## EDITO

*La Veille juridique* est publiée au moment où le Parlement examine la loi sur les retraites. Le débat, souvent houleux et parfois marqué par des comportements inacceptables, dans l'hémicycle ou dans la rue, occulte le reste de l'actualité. Sur le sujet des retraites, personne ne se projette dans le futur en s'interrogeant sur l'avenir du marché du travail, alors que la métamorphose numérique a déjà commencé à en bouleverser les équilibres. Beaucoup de débats portent sur la pénibilité de certains métiers, ce qui est légitime pour hier et aujourd'hui. Mais qu'en sera-t-il demain avec la multiplication des robots qui vont prendre en charge les tâches dangereuses ou pénibles physiquement ? Cette question mériterait d'être posée

*(Suite page 2)*

Edito

en même temps que celle relative aux formations conduisant aux emplois du futur. Les étudiants ou lycéens qui bloquent leur université ou leur école constituent la cohorte qui justifiera, hélas, Pôle emploi, tant la formation d'aujourd'hui est décalée et insuffisante en qualité au regard des enjeux de demain. Sans regarder dans une boule de cristal, un peu de prospective nous montre que les débats d'aujourd'hui répondent aux questions d'hier. Notre handicap, c'est la temporalité. Nous sommes des court-termistes et, de ce fait, le personnel politique l'est aussi, lui dont l'horizon est celui de prochaines échéances électorales. S'il n'en était pas ainsi, le programme nucléaire n'aurait pas été sabordé sur l'autel des arrangements électoraux. Il suffit de se reporter aux auditions actuelles devant l'Assemblée nationale pour en être convaincus.

Le débat national occulte la guerre en Ukraine qui est annonciatrice d'une nouvelle recomposition du monde. Si l'on regarde la carte de l'Organisation de la coopération de Shanghaï (OCS), on voit se dessiner, dès 2001, le continent qui s'oppose à nous et veut dominer le monde. Avec le général de Gaulle, nous espérions une « *Europe de l'Atlantique à l'Oural* ». Aujourd'hui, c'est un Orient de la Mer de Chine à la Biélorussie qui se constitue, malgré les nuances qui peuvent limiter son homogénéité. Le conflit en Ukraine met en évidence l'utopie des « *dividendes de la paix* » qui a conduit nos dirigeants successifs à désarmer. Je me souviens des débats préalables à la rédaction du *Livre blanc* de 2008 et de ceux qui ont accompagné la rédaction du *Livre Blanc* de 2013. Que de naïveté ! Aujourd'hui, il faut reconstruire une armée, une industrie de défense qui doit être notamment capable de fournir autant de munitions que l'exige le champ de bataille. Nous devons aussi nous interroger

**Edito**

sur la résilience de notre population. Certains comportements ou discours font frémir ! Il nous faut aussi repenser la défense de notre territoire que l'on a trop souvent considéré comme un sanctuaire protégé par la dissuasion. Il ne l'est pas contre la manipulation de l'information, le sabotage, les cyberattaques. La gendarmerie doit sans doute replacer dans cette perspective son maillage territorial, heureusement en reconstruction avec la création de 200 brigades, qui constitue la trame de la résilience.

Le CREOGN sera au Forum International de la Cybersécurité (FIC), les 5,6,7 avril 2023. Cet événement, créé par la gendarmerie, est l'événement de référence en Europe. Il s'implante désormais en Amérique du Nord. L'accès est gratuit, ce qui est une des particularités de ce salon. Il suffit de s'inscrire sur le site [forum-fic.com](https://forum-fic.com). À cette occasion, le CREOGN remettra la Prix du Livre Cyber FIC 2023 à trois auteurs : Gérôme Billois pour son livre *Cyberattaques. Les dessous d'une menace mondiale* (Éditions Hachette), Angeline Vagabulle pour *Cyberattaque : plongez au cœur du blackout !* (Éditions Thalia NeoMedia) et Caroline Faillet pour *Web 3, la nouvelle guerre digitale* (Éditions Dunod). Le *Code de la cybersécurité* (éditions Dalloz) est « hors concours », plusieurs membres du CREOGN y ayant contribué.

Bonne lecture de *La Veille juridique* !

***Par le général d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD, rédacteur en chef de La veille juridique***

**Nouveau ! Le Centre de recherche de la gendarmerie (CREOGN) est agréé par l'administration fiscale au titre du mécénat d'entreprise pour la recherche, prévu notamment à l'article 238 bis du Code général des impôts. Ainsi, les versements au profit du CREOGN ouvrent droit à une déduction d'impôts à hauteur de 60 % des dons effectués. Si vous êtes une entreprise, vous pouvez devenir partenaire du CREOGN en nous contactant à l'adresse suivante :  
[creogn.eogn@gendarmerie.interieur.gouv.fr](mailto:creogn.eogn@gendarmerie.interieur.gouv.fr)**



## SOMMAIRE



### Déontologie et sécurité

À propos de la naissance des assistants d'enquête des policiers et gendarmes nationaux..... [6](#)

### Droit de l'espace numérique

Cour de cassation, première chambre civile, n° 22 40.017, 5 janvier 2023 (vérification de l'âge des visiteurs d'un site pornographique).... [17](#)

Tribunal de commerce de Lille Métropole, jugement du 26 janvier 2023, SAS FRANCE BATI COURTAGE/ SAS OVH (sauvegarde des données sur un autre site que le serveur principal)..... [22](#)

### Actualité pénale

Conseil constitutionnel – 10 février 2023 – Détention provisoire des mineurs et relevés signalétiques sous contrainte..... [26](#)

Cour européenne des droits de l'Homme – 14 février 2023 – Halet c/ Lux – Lanceur d'alerte – Affaire LuxLeaks..... [31](#)

### Police administrative

Sur la complexe question du rapatriement des familles françaises de djihadistes ..... [41](#)



## À propos de la naissance des assistants d'enquête des policiers et gendarmes nationaux

Le 15 septembre 2021, dans son discours de clôture du Beauvau de la sécurité, le Président de la République annonçait la création de « *greffiers de police et de gendarmerie* », destinée principalement à « *dégager du temps aux enquêteurs spécialisés* »<sup>1</sup>. C'est fait ! Les assistants d'enquête de la police et de la gendarmerie nationales sont nés à la faveur de l'article 18 de la loi du 24 janvier 2023 d'orientation et de programmation du ministère de l'Intérieur (LOPMI)<sup>2</sup>. En effet, cet article est sorti presque indemne des fourches caudines du Conseil constitutionnel<sup>3</sup>. Il n'a subi qu'une censure partielle, chirurgicale pourrait-on dire, fondée sur la méconnaissance de l'exigence de direction et de contrôle de la police judiciaire par l'autorité judiciaire. Légale avant d'être constitutionnelle<sup>4</sup>, cette exigence constitue également une règle déontologique énoncée au second alinéa de l'article R. 434-23 du

---

1. M. Emmanuel Macron, discours de clôture du Beauvau de la sécurité du 15 septembre 2021, [en ligne]. Disponible sur : [www.interieur.gouv.fr/actualites/dossiers/beauvau-de-securite/cloture-du-beauvau-de-securite-par-president-de-republique](http://www.interieur.gouv.fr/actualites/dossiers/beauvau-de-securite/cloture-du-beauvau-de-securite-par-president-de-republique)

2. Loi n° 2023-22 du 24 janvier 2023 d'orientation et de programmation du ministère de l'Intérieur.

3. Cons. const., décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, Loi d'orientation et de programmation du ministère de l'Intérieur.

4. Pour quelques observations sur cette exigence, voir: GRANGER, Marc-Antoine. Comm. sous l'art. L. 411-1 du Code de la sécurité intérieure, Dalloz, 2023.

## Déontologie et sécurité

Code de la sécurité intérieure (CSI) qui dispose que, « *dans l'exercice de leurs missions judiciaires, la police nationale et la gendarmerie nationale sont soumises au contrôle de l'autorité judiciaire conformément aux dispositions du code de procédure pénale* ». D'où le choix de l'auteur de ces lignes de consacrer cette contribution aux assistants d'enquête en rapportant ici l'apport de la décision n° 2022-846 DC rendue par le Conseil constitutionnel le 19 janvier 2023. Seront successivement envisagés, les motifs de la création des assistants d'enquête (I), les conditions de leur recrutement et de leur affectation (II), ainsi que leur rôle (III).

### I. Les motifs de la création des assistants d'enquête

La police judiciaire traverse une crise. En ce sens, dans sa note du mois de novembre 2021 sur la gestion des ressources humaines au cœur des difficultés de la police nationale, la Cour des comptes relève que « *la police judiciaire, qui doit faire face à 3,9 millions de procédures par an, est (...) en difficulté. Elle n'attire plus les policiers confirmés et ses résultats sont marqués par un faible niveau d'élucidation des délits de bas et milieu de spectre, correspondant pour nos concitoyens à la délinquance du quotidien* »<sup>5</sup>. Dans le sillage de cette note, l'étude d'impact sur le projet de LOPMI identifie trois conséquences à « *la complexification croissante de la procédure pénale depuis une vingtaine d'années (...)* :

---

<sup>5</sup>. Cour des comptes. La gestion des ressources humaines au cœur des difficultés de la police nationale. Note du mois de septembre 2021, p. 12.

## Déontologie et sécurité

« – la qualité des procédures transmises à l'autorité judiciaire connaît une baisse préoccupante, fragilisant les enquêtes et pénalisant ainsi la manifestation de la vérité et la protection des victimes et de la société ;

« – la part du métier d'enquêteur consacrée à l'investigation tend à disparaître au profit d'une mission essentiellement tournée vers la formalisation d'actes d'enquête obligatoires, laissant peu de place à la curiosité et au sens policier. Un déséquilibre s'est ainsi installé entre le temps consacré aux investigations et celui dédié à la mise en forme et au respect du formalisme procédural. En moyenne, les services d'investigation estiment que deux tiers des procès-verbaux composant une procédure répondent à des exigences uniquement formelles de la procédure pénale (par exemple : procès-verbal d'avis, procès-verbal de notification des droits de la personne placée en garde à vue, procès-verbal d'annexe de réquisition, etc.) ;

« – les policiers et gendarmes se détournent de la filière investigation, qui connaît une véritable crise de vocation et de fidélisation, en raison de la perte de sens de la mission même d'enquête (...) »<sup>6</sup>.

Fort de ce constat, la création des assistants d'enquête répond à une ambition clairement affichée par le législateur, à savoir « renforcer la filière investigation »<sup>7</sup>. Il s'agit de décharger les officiers de police judiciaire (OPJ) de tâches proprement administratives ou

---

<sup>6</sup>. Étude d'impact du 7 septembre 2022 sur le projet de LOPMI, p. 86-87.

<sup>7</sup>. L'article 18 de la LOPMI figure, en effet, au sein d'un chapitre intitulé « Renforcer la filière investigation ».

## Déontologie et sécurité

procédurales afin qu'ils puissent se concentrer sur leur cœur de métier. Concrètement, l'intention du législateur est de créer « *sur dix ans, 3 273 assistants d'enquête pour la gendarmerie et 4 387 pour la police, avec pour objectif d'absorber 50 % du temps d'OPJ consacré à la procédure* »<sup>8</sup>.

## II. Le recrutement et l'affectation des assistants d'enquête

C'est le premier alinéa du nouvel article 21-3 du Code de procédure pénale (CPP) qui définit les règles relatives au recrutement. Le choix du législateur a été de ne pas créer un nouveau corps de la fonction publique et de ne pas recourir non plus aux contractuels<sup>9</sup>. Aussi les assistants d'enquête seront-ils recrutés parmi les militaires du corps de soutien technique et administratif de la gendarmerie nationale, les personnels administratifs de catégorie B de la police et de la gendarmerie nationales et les agents de police judiciaire adjoints (APJA) de la police et de la gendarmerie nationales. Ces agents devront suivre « *une formation sanctionnée par un examen certifiant leur aptitude à assurer les missions que la loi leur confie* ». En outre, à l'instar des assistants spécialisés des magistrats<sup>10</sup>, les assistants d'enquête prêteront serment préalablement à l'exercice de leurs activités. En vertu du dernier alinéa de l'article 21-3 du CPP, un

---

<sup>8</sup>. Rapport sur la modernisation du ministère de l'Intérieur annexé à la LOPMI, point 3.1.2.

<sup>9</sup>. Voir les propos tenus par M. le ministre de l'Intérieur devant les sénateurs : compte rendu intégral des débats du Sénat, séance du 13 octobre 2022.

<sup>10</sup>. Ces assistants sont désignés dans les conditions prévues à l'article 706 du CPP.

## Déontologie et sécurité

décret en Conseil d'État définira les modalités de cette prestation de serment. À ce stade, trois observations peuvent être formulées.

*Primo*, cette création des assistants d'enquête par absorption du personnel administratif déjà en poste impliquera, comme l'a indiqué M. le ministre de l'Intérieur au sein de l'hémicycle de l'Assemblée nationale, de « *transformer l'organisation du ministère de l'Intérieur pour libérer des équivalents temps plein (ETP) dans le personnel de soutien ou le personnel civil* ». Et le ministre d'ajouter : « *En somme, au-delà de l'aide incroyable qu'apporteront ces assistants dans la résolution des enquêtes, c'est une énorme et profonde transformation des ressources humaines que nous engageons* »<sup>11</sup>. Une mince affaire...

*Secundo*, à la lecture de l'étude d'impact susvisée, la formation des assistants d'enquête devrait durer « *de deux à trois mois leur permettant d'acquérir les connaissances de procédure pénale, à la fois théoriques et pratiques, relatives aux actes qu'ils auront mission d'effectuer* »<sup>12</sup>. Or, qu'on le veuille ou non, la portée effective de la réforme dépendra largement de la consistance et du format de cette formation qui seront définis ultérieurement par le pouvoir réglementaire. L'enjeu est d'autant plus important qu'il faudra dissiper le risque d'un abaissement du niveau des garanties actuelles, identifié par les uns et les autres. En guise d'illustration,

---

<sup>11</sup>. M. Gérald Darmanin, in compte rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1<sup>e</sup> séance du 17 novembre 2022.

<sup>12</sup>. Étude d'impact précitée, p. 88.

## Déontologie et sécurité

au cours des débats à l'Assemblée nationale et au Sénat, certains parlementaires ont exprimé leurs inquiétudes concernant une dégradation du travail de la police judiciaire et une altération de la qualité des enquêtes<sup>13</sup>. Devant le Conseil constitutionnel, le Syndicat de la magistrature (SM), le Syndicat des avocats de France (SAF), la Ligue des droits de l'Homme (LDH) et le Conseil national des barreaux (CNB) ont produit une même « *porte étroite* »<sup>14</sup> (ou contribution extérieure) le 30 décembre 2022 en faisant valoir que « *le principe même de la création des assistants d'enquête pose une atteinte grave aux droits des personnes* »<sup>15</sup>.

*Tertio*, les modalités d'affectation des assistants d'enquête seront précisées par décret en Conseil d'État. Là encore, l'étude d'impact fournit déjà quelques indications : « *Au sein de la police nationale, l'assistant d'enquête sera positionné au sein des groupes d'enquête*

---

<sup>13</sup>. Voir, par exemple, Mme Élisabeth Martin, in compte rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1ère séance du 17 novembre 2022.

<sup>14</sup>. C'est le Doyen Georges Vedel qui est à l'origine de l'expression « *porte étroite* ». Il explique que, dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois, « *le privilège de saisir [le Conseil] est réservé au Président de la République, au Premier ministre, aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ou à soixante députés ou sénateurs. (...) Il existe cependant une porte étroite par laquelle les simples citoyens ou leurs groupements peuvent se faufiler dans le prétoire du juge constitutionnel* », en adressant au Conseil des contributions contestant ou non la constitutionnalité des dispositions de la loi déferée : VEDEL, Georges. L'accès des citoyens au juge constitutionnel : la porte étroite. *La Vie Judiciaire*, 11-17 mars 1991, n° 2344, p. 1.

<sup>15</sup>. Contribution extérieure du 30 décembre 2022 sur la saisine n° 2022-846 DC du 19 décembre 2022, produite par le SM, le SAF, la LDH et le CNB, p. 24.

## **Déontologie et sécurité**

*des services et travaillera sous le contrôle des officiers et agents de police judiciaire qu'il secondera dans leur mission de police judiciaire. Les enquêteurs pourront leur confier certaines missions et prérogatives nécessaires au bon déroulement de la procédure pénale policière. Au sein de la gendarmerie nationale, les militaires du corps de soutien technique et administratif seront prioritairement affectés dans les unités élémentaires et les personnels civils administratifs de catégorie B au niveau départemental ou supra-départemental »<sup>16</sup>.*

### **III. Le rôle des assistants d'enquête**

Le rôle des assistants d'enquête est de « *seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers et les agents de police judiciaire* »<sup>17</sup> de la police et de la gendarmerie nationales. À cette fin, ils peuvent exercer plusieurs missions limitativement énumérées par le législateur (A). Une seule mission a été censurée par le Conseil constitutionnel (B).

#### **A. Les missions possibles**

Les assistants d'enquête sont autorisés à effectuer un certain nombre d'actes et en établir les procès-verbaux à la demande expresse et sous le contrôle de l'OPJ ou, lorsqu'il est compétent, de l'agent de police judiciaire (APJ). La liste de ces actes est dressée de façon exhaustive par l'article 21-3 du CPP :

---

<sup>16</sup>. Étude d'impact du 7 septembre 2022 sur le projet de LOPMI, p. 88-89.

<sup>17</sup>. Art. 21-3, al. 2, du CPP.

**Déontologie et sécurité**

*« 1° Procéder à la convocation de toute personne devant être entendue par un officier ou un agent de police judiciaire et contacter, le cas échéant, l'interprète nécessaire à cette audition ;*

*« 2° Procéder à la notification de leurs droits aux victimes, en application de l'article 10-2 ;*

*« 3° Procéder, avec l'autorisation préalable du procureur de la République ou du juge des libertés et de la détention lorsque celle-ci est prévue, aux réquisitions prévues aux articles 60,60-3,77-1 et 99-5 ainsi qu'à celles prévues aux articles 60-1 et 77-1-1 lorsqu'elles concernent des enregistrements issus de système de vidéoprotection ;*

*« 4° Informer de la garde à vue, par téléphone, les personnes mentionnées à l'article 63-2 ;*

*« 5° Procéder aux diligences prévues à l'article 63-3 ;*

*« 6° Informer l'avocat désigné ou commis d'office de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, en application de l'article 63-3-1 ;*

*« 7° Procéder aux convocations prévues à l'article 390-1 ;*

*« 8° Procéder aux transcriptions des enregistrements prévus à l'article 100-5 et au troisième alinéa de l'article 706-95-18 préalablement identifiés comme nécessaires à la manifestation de la vérité par les officiers de police judiciaire ».*

Déontologie et sécurité

**B. La mission impossible : l'apport de la décision LOPMI du 19 janvier 2023**

La seule attribution des assistants d'enquête qui n'a pas doublé le cap de constitutionnalité concerne certaines modalités de transcriptions des enregistrements issus d'interceptions de correspondances ou de techniques spéciales d'enquête. Avant tout, le cadre constitutionnel de référence mérite d'être rappelé. Depuis sa décision LOPPSI (loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure) de 2011, le Conseil constitutionnel dit pour droit – du reste, dans le silence des textes constitutionnels<sup>18</sup> – « *qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire* »<sup>19</sup>. Par conséquent, le Conseil en déduit que cette exigence constitutionnelle « *ne serait pas respectée si des pouvoirs généraux d'enquête criminelle ou délictuelle étaient confiés à des agents qui ne sont pas mis à la disposition d'officiers de police judiciaire* »<sup>20</sup>. Une fois ce cadre constitutionnel posé dans sa décision LOPMI, le Conseil a d'abord considéré qu'à l'exception des

---

**18.** Pour quelques développements concernant la consécration constitutionnelle de l'exigence de direction et de contrôle de la police judiciaire par l'autorité judiciaire, voir, notamment : GRANGER, Marc-Antoine. La sécurité publique sous contrôle juridictionnel : polices et autorité judiciaire dans la jurisprudence constitutionnelle depuis la décision Fouille des véhicules de 1977. In : *Annuaire du droit de la sécurité et de la défense*, vol. 7, Mare & Martin, 2022, p. 41-51.

**19.** Cons. const., décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, cons. 59.

**20.** Cons. const., décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, LOPMI, § 85.

## Déontologie et sécurité

transcriptions, les attributions confiées aux assistants d'enquête « *sont limitées à l'accomplissement de tâches matérielles exécutées à la demande expresse d'officiers ou d'agents de police judiciaire* » et « *ne comportent aucun pouvoir d'enquête ou d'instruction* »<sup>21</sup>. Concernant le respect de l'article 66 de la Constitution, il n'y a donc rien à voir. Circulons. Ensuite, et s'agissant précisément des transcriptions, le Conseil a relevé que les enregistrements issus d'interceptions de correspondances ou de techniques spéciales d'enquête sont « *nécessaires à la manifestation de la vérité* »<sup>22</sup>. C'est dire que l'assistant d'enquête qui réalise la transcription de ces enregistrements est associé à l'enquête ou à l'instruction. Dès lors, pour satisfaire aux exigences de l'article 66 de la Constitution, il importe que l'assistant d'enquête, dans le cadre de ces attributions, soit directement mis à la disposition d'un OPJ. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a jugé qu'en confiant aux assistants d'enquête le pouvoir de transcrire des enregistrements préalablement identifiés par un APJ, le législateur n'a pas permis de garantir le contrôle de l'OPJ sur ces opérations, en méconnaissance de l'article 66 de la Constitution<sup>23</sup>. Sous ce regard, la décision LOPMI se présente comme une confirmation d'une jurisprudence déjà nourrie qui se caractérise par une interprétation stricte de l'exigence constitutionnelle de direction et de contrôle de la police

---

<sup>21</sup>. *Ibid.*, § 88.

<sup>22</sup>. *Ibid.*, § 89.

<sup>23</sup>. *Ibid.* La solution ne fut pas une surprise pour qui avait consulté l'avis n° 405710 rendu le 5 septembre 2022 par le Conseil d'État sur le projet de LOPMI.

Déontologie et sécurité

judiciaire par l'autorité judiciaire<sup>24</sup>.

Selon le ministre de l'Intérieur, la création des assistants d'enquête « *est l'une des révolutions* »<sup>25</sup> de la LOPMI. Il reste que, par-delà les aspects organisationnels relatifs aux recrutements des assistants d'enquête, le succès de la réforme repose sur une formation adaptée. Le défi est de taille, car sans être au cœur de l'enquête ou de l'instruction, les assistants d'enquête constituent de nouveaux acteurs de la procédure pénale et, à ce titre, sont dépositaires des principes cardinaux énoncés par l'article préliminaire du CPP. Pour l'exprimer à la manière du procureur général près la Cour de cassation, Pierre Truche, « *le plus grand danger serait de voir un jour ces principes affadis* »<sup>26</sup>. D'ailleurs, et c'est heureux, le pouvoir réglementaire agira sous le contrôle de la représentation nationale puisque le Parlement a voulu que le Gouvernement lui remette un rapport procédant à l'évaluation de la mise en œuvre de la réforme, avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la publication – dans quelques semaines ou mois – du décret d'application de l'article 21-3 du CPP. Chers lecteurs, donnons-nous rendez-vous dans quelques années. *Wait and see* ...

---

<sup>24</sup>. Voir, en ce sens : GRANGER, Marc-Antoine. Le "continuum de sécurité" à l'épreuve des exigences constitutionnelles de la sécurité intérieure. Commentaire de quelques aspects de la décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, *RFDC*, 2022, n° 129, p. 143-152.

<sup>25</sup>. M. Gérald Darmanin, in compte rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1<sup>e</sup> séance du 17 novembre 2022.

<sup>26</sup>. TRUCHE, Pierre. Introduction à l'article préliminaire du code de procédure pénale. *Archives de politique criminelle*, 2001/1, n° 23, p. 10.

**Droit de l'espace numérique**

*Général d'armée (2S) Marc Watin-Augouard*

**Cour de cassation, première chambre civile, n° 22-40.017, 5 janvier 2023**

**La clarté des termes de l'article 227-24 du Code pénal, qui impose de vérifier l'âge des visiteurs d'un site pornographique autrement que par une seule déclaration, ne justifie pas le contrôle de constitutionnalité du texte.**

En application des dispositions de l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales, le président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) a assigné les sociétés Orange, Orange Caraïbe, Free, Free mobile, Bouygues Telecom, Colt Technologies services, Française du radio téléphone, SFR fibre, Réunionnaise du téléphone et Outremer Telecom devant le président du tribunal judiciaire de Paris afin qu'il soit mis fin à l'accès des sites Internet pornographiques Pornhub, Tukif, Xhamster, Xnxx et Xvideos.

**Article 23 - Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales**

« Lorsqu'il constate qu'une personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président du Conseil supérieur de

**Droit de l'espace numérique**

l'audiovisuel adresse à cette personne, par tout moyen propre à en établir la date de réception, une mise en demeure lui enjoignant de prendre toute mesure de nature à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé. La personne destinataire de l'injonction dispose d'un délai de quinze jours pour présenter ses observations.

A l'expiration de ce délai, en cas d'inexécution de l'injonction prévue au premier alinéa du présent article et si le contenu reste accessible aux mineurs, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner, selon la procédure accélérée au fond, que les personnes mentionnées au 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique mettent fin à l'accès à ce service. Le procureur de la République est avisé de la décision du président du tribunal. »

Ces sites sont, en effet, accessibles aux mineurs sur simple déclaration de leur part indiquant qu'ils sont âgés d'au moins dix-huit ans, ce qui entre dans les infractions prévues par l'article 227-24 du Code pénal (3<sup>e</sup> alinéa).

**Article 227-24 du Code pénal**

« Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique, y compris des images pornographiques impliquant un ou plusieurs animaux, ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement

## Droit de l'espace numérique

en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables.

**Les infractions prévues au présent article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans. »**

Le tribunal judiciaire de Paris a transmis à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), ainsi rédigée :

*« Les dispositions de l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 et de l'article 227-24 du code pénal tel que modifié par l'article 22 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 (auquel l'article 23 renvoie) sont-elles conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit que sont le principe de légalité des délits et des peines et la liberté d'expression et de communication, respectivement en ce que ces dispositions ne définissent pas en des termes suffisamment clairs et précis une infraction pénale et le comportement pouvant donner lieu à une sanction ayant le caractère d'une punition et portent une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur de prévention de l'accès des mineurs aux contenus pornographiques sur Internet ? »*

## Droit de l'espace numérique

La Cour de cassation, par sa décision, refuse de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel en estimant que la rédaction de l'article 227-24 est suffisamment claire lorsqu'il précise que « *les infractions sont constituées, y compris si l'accès d'un mineur aux messages résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans* ». L'atteinte portée à la liberté d'expression, en imposant de recourir à un dispositif de vérification de l'âge de la personne accédant à un contenu pornographique, autre qu'une simple déclaration de majorité, est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de protection des mineurs.

Pour renforcer la protection des mineurs, une proposition de loi a été votée en première lecture (procédure accélérée) par l'Assemblée nationale, le 2 mars 2023.

Elle intègre dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique (art.1 loi n° 2004-575 du 21 juin 2004) une définition des réseaux sociaux :

« *On entend par service de réseaux sociaux en ligne toute plateforme permettant aux utilisateurs finaux de se connecter et de communiquer entre eux, de partager des contenus et de découvrir d'autres utilisateurs et d'autres contenus, sur plusieurs appareils, en particulier au moyen de conversations en ligne, de publications, de vidéos et de recommandations.* »

Elle crée de nouvelles obligations pour les fournisseurs de services de réseaux sociaux en ligne.

Ainsi, après l'article 6-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, il est inséré un article 6-6 ainsi rédigé :

« *Art. 6-6. – I. – Les fournisseurs de services de réseaux sociaux en ligne exerçant leur activité en France refusent l'inscription à leurs*

## **Droit de l'espace numérique**

*services des mineurs de quinze ans, sauf si l'autorisation de cette inscription est donnée par les titulaires de l'autorité parentale sur le mineur. Cette autorisation ne peut pas être donnée pour les mineurs de treize ans, sauf pour les services de réseaux sociaux en ligne dûment labellisés à cet effet dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. Ils recueillent également, dans les mêmes conditions et dans les meilleurs délais, l'autorisation expresse des titulaires de l'autorité parentale relative aux comptes déjà créés et détenus par des mineurs de quinze ans.*

*« Les titulaires de l'autorité parentale peuvent demander aux fournisseurs de services de réseaux sociaux en ligne la suspension du compte du mineur de quinze ans.*

*« Les fournisseurs de services de réseaux sociaux, pour vérifier l'âge des utilisateurs finaux et l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale, utilisent des solutions techniques conformes à un référentiel élaboré à cette fin par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique après consultation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

*« La Commission nationale de l'informatique et des libertés veille à ce que les traitements de données à caractère personnel résultant des solutions techniques mentionnées au troisième alinéa du présent I soient mis en œuvre dans les conditions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et aux autres dispositions relatives à la protection des données personnelles.*

*« II . – Lorsqu'il constate qu'un fournisseur de services de réseaux sociaux n'a pas mis en œuvre de solution technique certifiée pour vérifier l'âge des utilisateurs finaux et l'autorisation des titulaires*

## **Droit de l'espace numérique**

*de l'autorité parentale de l'inscription des mineurs de quinze ans, le président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique adresse à ce fournisseur, par tout moyen propre à en établir la date de réception, une mise en demeure de prendre toutes les mesures requises pour satisfaire aux obligations prévues au présent article. Le fournisseur dispose d'un délai de quinze jours à compter de la mise en demeure pour présenter ses observations.*

*« À l'expiration de ce délai, en cas d'inexécution de la mise en demeure, le président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique peut saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner au fournisseur de mettre en œuvre une solution technique conforme.*

*« Le fait pour un fournisseur de services de réseaux sociaux de ne pas satisfaire aux obligations prévues au I est puni d'une amende ne pouvant excéder 1 % de son chiffre d'affaires mondial pour l'exercice précédent. »*

La proposition de loi doit désormais être examinée par le Sénat.

### **Tribunal de commerce de Lille Métropole, jugement du 26 janvier 2023, SAS FRANCE BATI COURTAGE/ SAS OVH**

**Manque à ses obligations contractuelles l'hébergeur qui stocke les sauvegardes des données d'un client sur le même site que le serveur principal, alors que le contrat stipule que la sauvegarde est physiquement isolée de l'infrastructure au sein de laquelle**

## **Droit de l'espace numérique**

**est hébergé le serveur principal.**

L'association par actions simplifiée (SAS) OVH est un des leaders français de l'informatique en nuage, né à Roubaix. Elle possède 32 datacenters dans 11 pays, dont plusieurs en France, à Gravelines, Roubaix et Strasbourg. Dans la nuit du 9 au 10 mars 2021, un incendie est survenu dans les datacenters os-sbg1, os-sbg2 et os-sbg4 situés à Strasbourg, le datacenter os-sbg1 abritant notamment le serveur et les données de la SAS FRANCE BATI COURTAGE. L'incendie a occasionné la perte totale des données du serveur principal et des sauvegardes. Ont été affectés l'ensemble des sites Internet de la SAS FRANCE BATI COURTAGE, sa marque La Maison des Travaux et l'ensemble des signes distinctifs attachés.

Outre son contrat de location de serveur, cette entreprise avait souscrit une option contractuelle complémentaire de « sauvegarde automatisée » qui permet la préservation et la récupération des données du serveur dédié, option interdépendante du service d'espace de stockage alloué à l'option de « backup ». Par cette option, OVH s'engage à ce que l'espace de stockage alloué à l'option « backup » soit physiquement isolé de l'infrastructure dans laquelle est mis en place le serveur privé virtuel (VPS) du client. Elle précise qu'une sauvegarde du VPS (hors disques additionnels) est planifiée quotidiennement, exportée puis répliquée trois fois avant d'être disponible dans l'espace client.

La SAS FRANCE BATI COURTAGE espérait récupérer l'ensemble de ses données grâce à l'option de sauvegarde souscrite, afin de remettre en ligne la dernière version de ses sites Internet datant du 9 mars 2021. Elle apprend, le 3 avril 2021, que le serveur « backup »

## Droit de l'espace numérique

a lui aussi été détruit totalement par l'incendie, rendant impossible la récupération des données.

La SAS FRANCE BATI COURTAGE assigne la société OVH devant le tribunal de commerce de Lille. Dans deux affaires différentes, la société OVH n'a pas été reconnue responsable du préjudice subi par d'autres entreprises qui n'avaient pas souscrit de contrat de sauvegarde. Dans le cas d'espèce, il en va autrement.

Pour le tribunal, l'analyse de l'argumentation et des pièces produites ne permettent pas de démontrer que la SAS OVH ait commis une faute lourde ou de graves manquements à l'égard de la sécurité anti-incendie de son site de Strasbourg. Il n'est pas démontré que ses choix techniques ont eu un lien de causalité avec l'incendie.

Cependant, le tribunal juge réputée non écrite la clause qui exonère l'hébergeur de sa responsabilité pour cause de force majeure, tel l'incendie, laquelle clause « *contredit l'essence même de l'obligation qui est justement de pouvoir se reposer sur les sauvegardes des données en cas de sinistre. Avec une telle clause, en cas de sinistre, la SAS OVH n'est donc jamais tenue de réaliser sa mission au moment où, pourtant, celle-ci est nécessaire. Les copies de sauvegarde n'ont pas d'intérêt en l'absence de sinistre et elles ne sont d'ailleurs pas utilisées. Les copies de sauvegarde ne sont utiles qu'en cas de sinistre* ».

Le tribunal considère que le contrat OVH relatif à la sauvegarde implique que l'espace de stockage alloué à l'option « backup » soit physiquement isolé de l'infrastructure dans laquelle est mis en place le VPS du client, c'est-à-dire dans un lieu physiquement différent du lieu de stockage des données du serveur principal. De ce fait, OVH a

## Droit de l'espace numérique

commis un manquement contractuel à l'obligation la liant à la SAS FRANCE BATI COURTAGE. Celle-ci est fondée à demander réparation à la SAS OVH des préjudices résultant de ce manquement.

OVH soutient que les conditions générales acceptées par la SAS FRANCE BATI COURTAGE limitent explicitement la responsabilité de la SAS OVH « (a) au montant des sommes payées par le client à OVH en contrepartie des services impactés au cours des six mois précédant la demande d'indemnisation du client ou (b) au préjudice direct subi par le client s'il est inférieur ». La somme ne devrait donc pas excéder 1 800,48 €. Mais le tribunal juge que la clause de limitation de responsabilité établie par la SAS OVH octroie un avantage injustifié à celle-ci en absence de contrepartie pour le client. Cette clause transfère le risque sur l'autre partie de manière injustifiée et sans contrepartie pour cette dernière ; elle crée une asymétrie entre les obligations de chacune des parties.

En conclusion, les clauses de limitation de responsabilité doivent être réputées non écrites. En conséquence, le tribunal de commerce condamne la SAS OVH à payer à la SAS FRANCE BATI COURTAGE :

- la somme de 26 472€ au titre du préjudice pour perte d'un actif incorporel ;
- la somme de 9 100 € au titre du préjudice pour les travaux de restitution d'un hébergement, des données et des sites ;
- la somme de 38 530 € au titre de l'indemnisation de son préjudice financier pour l'année 2021 ;
- la somme de 20 000€ au titre du préjudice d'atteinte à l'image.

Actualité pénale

*Claudia GHICA-LEMARCHAND*

**CONSEIL CONSTITUTIONNEL – 10 FÉVRIER 2023 –  
DÉTENTION PROVISOIRE DES MINEURS ET RELEVÉS  
SIGNALÉTIQUES SOUS CONTRAINTE**

Le Conseil constitutionnel a été saisi par une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) émanant de Conseil d'État le 30 novembre 2022 sur des dispositions émanant de la loi n° 2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure.

En premier lieu, la QPC critiquait la procédure de placement et maintien en détention provisoire des mineurs. Les dispositions combinées du Code de la Justice pénale des mineurs, article L. 12-1, et du Code de procédure pénale, article 397-2-1, permettent au tribunal correctionnel ou au juge des libertés et de la détention de se déclarer incompétents lorsqu'ils constatent que la personne présentée est mineure dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate ou de comparution à délai différé. Néanmoins, ils doivent statuer sur son éventuel placement en détention provisoire pour une durée maximale de 24 heures, en attendant que le mineur soit présenté à la juridiction compétente. Le Syndicat de la magistrature, auteur de la QPC, considère qu'il s'agit d'une méconnaissance du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs, de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la présomption d'innocence.

Le Conseil constitutionnel écarte la critique, mais formule une

## Actualité pénale

réserve d'interprétation. Si le Conseil rappelle la primauté de l'action éducative sur l'action répressive par « *la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées* », il admet que ces exigences n'excluent pas la possibilité de restreindre leur liberté d'aller et venir, même s'il l'assortit de la condition de « *nécessité* ». Il s'agit non seulement de la sauvegarde de l'ordre public, mais aussi de la possibilité de le maintenir à disposition de la juridiction qui pourra prendre des mesures éducatives adaptées à son âge. Cette sauvegarde de fond est complétée par une sauvegarde de procédure, dans la mesure où elle intervient à la suite d'une procédure contradictoire, où le mineur est nécessairement représenté, et par une décision spécialement motivée. Le Conseil constitutionnel formule ici une réserve d'interprétation, car la motivation oblige le juge à vérifier la nécessité de la détention provisoire et à « *vérifier que, au regard des circonstances, de la situation personnelle du mineur et de la gravité des infractions qui lui sont reprochées, le placement ou maintien en détention provisoire n'excède pas la rigueur nécessaire* ». La durée de la détention provisoire ne peut excéder 24 heures, à la fin de ce délai, le mineur est remis en liberté. De plus, la mesure est nécessairement exécutée « *soit dans un établissement pénitentiaire spécialisé, soit dans un établissement garantissant la séparation entre détenus mineurs et majeurs* ».

En deuxième lieu, l'article 55-1 du Code de procédure pénale permet aux officiers de police judiciaire (OPJ) de procéder ou faire procéder,

## Actualité pénale

dans le cadre d'une enquête de flagrance, aux opérations de prise d'empreintes digitales ou palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police. Les articles L. 413-16 et L. 413-17 du Code de la justice pénale des mineurs (CJPM) fixent les conditions dans lesquelles ces opérations peuvent être effectuées à l'égard des mineurs dans le cadre de la garde à vue ou de l'audition libre. L'OPJ ou l'agent de police judiciaire (APJ) procédant à l'opération doit l'informer, en présence de son avocat, des peines encourues en cas de refus de s'y soumettre, à savoir un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, ainsi que de la possibilité d'y recourir même en l'absence de consentement si les conditions sont remplies – l'opération constitue l'unique moyen d'identifier le mineur qui refuse de justifier de son identité ou qui fournit des éléments d'identité manifestement inexacts ; le mineur apparaît manifestement âgé d'au moins treize ans ; l'infraction dont il est soupçonné constitue un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement. L'opération ne peut être effectuée que sur décision écrite du procureur de la République après demande motivée de l'OPJ et le recours à la contrainte doit être fait « *de manière strictement nécessaire et proportionnée, compte tenu de la situation particulière du mineur* ».

La QPC arguait de la méconnaissance de la présomption d'innocence, du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, de la liberté individuelle et du droit au respect de la vie privée, des droits de la défense et le droit à un procès équitable puisque la présence de l'avocat n'était pas requise et, surtout, de la violation de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de

## Actualité pénale

l'enfant puisque la référence à l'appréciation du cadre visant un mineur qui « *apparaît manifestement* » âgé de plus de treize ans ne permet pas d'écarter avec certitude son utilisation à des mineurs qui seraient en dessous de ce seuil d'âge.

Le Conseil constitutionnel valide le dispositif, même s'il en déclare une partie inconstitutionnelle et assortit son régime juridique d'une réserve d'interprétation.

Si la Constitution garantit « *le principe selon lequel la liberté personnelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* », ainsi que les droits de la défense, l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions permet d'adopter des dispositions par lesquelles « *le législateur a entendu faciliter l'identification des personnes mises en cause au cours d'une enquête pénale* ». Les garanties de fond et de forme posées par le CJPM permettent d'assurer au mineur une plus grande protection qu'aux majeurs (les infractions sont punissables de peines de cinq ans d'emprisonnement au lieu de trois ans pour les majeurs), de renforcer la nécessité et la proportionnalité et, surtout, « *l'officier ou l'agent de police judiciaire doit préalablement s'efforcer d'obtenir son consentement et l'informer, en présence de son avocat, des peines encourues en cas de refus de se soumettre à ces opérations et de la possibilité d'y procéder sans son consentement* ». Le dispositif prévoit donc que « *l'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, l'agent de police judiciaire ne peut recourir à la contrainte que dans la mesure strictement nécessaire et de manière proportionnée, en tenant compte, le cas échéant, de la vulnérabilité de la personne ainsi que de la situation particulière du mineur* ». La prise de relevés signalétiques sous contrainte des mineurs est ainsi validée.

## Actualité pénale

Néanmoins, le Conseil constitutionnel formule une réserve d'interprétation et déclare inconstitutionnelle une partie du dispositif.

La réserve d'interprétation porte sur les garanties formelles et l'assistance de l'avocat. La décision de 2023 considère que « *les opérations de prise d'empreintes digitales ou palmaires ou de photographies sans le consentement de la personne, qu'elle soit mineure ou majeure, ne sauraient, sans priver de garanties légales les exigences constitutionnelles précitées, être effectuées hors la présence de son avocat, des représentants légaux ou de l'adulte approprié* ». Si la situation du mineur est particulièrement prise en compte, à travers la présence des représentants légaux ou l'adulte approprié, il est important de noter que l'effet de la décision est bien plus large puisqu'il s'applique aussi aux majeurs, ce qui complexifie incontestablement la procédure.

Le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelle avec effet immédiat l'application de la contrainte aux relevés signalétiques dans le cadre de l'audition libre. En effet, l'article 61-1 du Code de procédure pénale permet d'entendre une personne librement dans le cadre d'une enquête de police mais pour établir une distinction claire avec le régime de la garde à vue, cet article exige que la personne intéressée soit entendue sans contrainte, dans le respect des droits de la défense, et qu'elle ait le droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue. Dès lors, l'utilisation de la contrainte pour les relevés signalétiques est incompatible avec le régime juridique de l'audition libre. Son utilisation est ainsi déclarée inconstitutionnelle à l'égard des mineurs, mais aussi à l'égard des majeurs, puisque les mots « *61-1 ou* » figurant au quatrième alinéa

**Actualité pénale**

de l'article 55-1 du Code de procédure pénale méconnaissent la Constitution. Son effet immédiat peut lui assurer une application large au sein des procédures d'audition libre initiées à l'égard des mineurs comme des majeurs. En revanche, il convient de rappeler que les procédures précédant la décision ne peuvent être contestées sur ce fondement.

**COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME – 14  
FÉVRIER 2023 – HALET C/ LUX - LANCEUR D'ALERTE  
– AFFAIRE LUXLEAKS**

M. Halet, auditeur d'un grand cabinet PwC, travaille au Luxembourg dans le cadre de l'application de la loi fiscale à des opérations futures par l'intermédiaire des procédures de « rescrits fiscaux ». Dans le cadre des opérations de transparence et de révélation par la presse de certaines infractions, plusieurs centaines de rescrits fiscaux et de déclarations fiscales établis par PwC sont publiés dans différents médias. Ces publications mettaient en lumière une pratique, sur une période de dix ans, s'étendant de 2002 à 2012, d'accords fiscaux très avantageux passés entre PwC pour le compte de sociétés multinationales et l'administration fiscale luxembourgeoise. Ces documents avaient été remis à un journaliste, E.P., par un auditeur, A.D., qui avait copié 45 000 pages de documents confidentiels la veille de sa démission. La révélation de ces documents par le Consortium international des journalistes d'investigation met à jour le scandale financier baptisé LuxLeaks. Découvrant que les affaires sur lesquelles il travaillait alimentaient cette affaire, M. Halet contacte le journaliste et lui propose de lui

## Actualité pénale

fournir d'autres documents permettant de démontrer la véracité de l'affaire et son caractère systémique au Luxembourg. Plusieurs dossiers ont été ainsi remis et ont servi à l'émission Cash Investigation ou ont été mis en ligne sur le site du Consortium journalistique. Le cabinet d'audit a porté plainte à l'égard de l'ensemble des personnes. Les qualifications pénales retenues sont similaires, mais A.D. et E.P. ont été relaxés, alors que M. Halet a été condamné.

M. Halet a été condamné à 1 000 euros d'amende et à 1 euro de dommages-intérêts pour vol domestique, accès frauduleux à un système de traitement ou de transmission automatisé de données, violation du secret d'affaires, violation du secret professionnel et blanchiment-détention. Après épuisement des voies de recours interne, l'arrêt de condamnation passé en force de chose jugée a été contesté par M. Halet devant la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) pour violation de l'article 10 garantissant la liberté d'expression. Dans un arrêt de chambre rendu le 11 mai 2021, la CEDH a conclu à la non-violation de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en considérant « *que les juridictions internes avaient ménagé un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de préserver les droits de l'employeur du requérant, et, d'autre part, la nécessité de préserver la liberté d'expression de ce dernier* » en raison du faible caractère de la sanction et de l'intérêt limité des informations apportées. La CEDH a accepté l'appel formé par M. Halet, la Grande Chambre a réexaminé l'affaire et a, par un arrêt en date du 14 février 2023, réformé la décision retenue en première instance.

## Actualité pénale

La Cour reprend à son compte le point qui n'est pas contesté par les parties selon lequel « *la condamnation litigieuse constitue une ingérence dans l'exercice par le requérant du droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention, que cette ingérence était prévue par la loi et qu'elle poursuivait au moins l'un des buts légitimes énumérés par l'article 10 § 2 de la Convention, à savoir la protection de la réputation ou des droits d'autrui, notamment la protection de la réputation et des droits de PwC* ». La seule question qui reste à trancher est celle de savoir si l'ingérence était « *nécessaire dans une société démocratique* ». La liberté d'expression est un des fondements de la société démocratique, devant être protégée même dans le contexte particulier des relations professionnelles. Dans son arrêt de principe du 12 février 2008, *Guja c/ Moldavie*, la Cour a fixé six critères pour déterminer si les sanctions infligées aux divulgations d'informations obtenues dans le contexte professionnel constituaient une atteinte à la liberté d'expression : l'existence d'autres moyens ou non ; l'intérêt public représenté par les informations divulguées ; leur authenticité ; le préjudice causé à l'employeur ; la bonne foi du lanceur d'alerte ; la sévérité de la sanction. Attachée à la stabilité de sa jurisprudence et à l'importance que revêt, en termes de sécurité juridique, la prévisibilité de celle-ci, la Cour a, depuis l'arrêt *Guja*, appliqué avec constance ces critères, mais elle souhaite saisir l'occasion de cet arrêt pour les préciser à la lumière du contexte international et européen actuel.

Pour le premier critère concernant les moyens pour procéder au lancement d'alerte, la Cour reste attachée à la primauté des canaux

## Actualité pénale

internes sur les canaux externes, mais sans lui donner un caractère absolu. Le critère relatif au canal de signalement doit être apprécié en fonction des circonstances de chaque affaire, en tenant plus particulièrement compte des risques auxquels le lanceur d'alerte s'expose ou lorsque l'information qu'il entend divulguer porte sur l'essence même de l'activité de l'employeur concerné.

Le deuxième critère concernant l'authenticité de l'information divulguée permet de contrôler le bon équilibre des « *devoirs et des responsabilités* » de la liberté d'expression. Si le résultat absolu d'authenticité ne peut être exigé du lanceur d'alerte, il lui incombe de vérifier avec diligence « *dans toute la mesure du possible, l'authenticité de l'information litigieuse divulguée* » reposant sur leur caractère fiable et précis. Pour bénéficier de la protection de l'article 10, le lanceur d'alerte se doit « *d'agir de façon responsable en s'efforçant de vérifier, autant que faire se peut, l'authenticité de l'information qu'il souhaite divulguer, avant de la rendre publique* ».

Le troisième critère de la bonne foi conduit les juges à examiner le mobile du lanceur d'alerte, « *s'il était ou non motivé par le désir de tirer un avantage personnel de son acte, notamment un gain pécuniaire, s'il avait un grief personnel à l'égard de son employeur ou s'il était mû par une autre intention cachée* », les destinataires de l'alerte, l'exclusion des rumeurs. Il est incontestablement en lien étroit avec le deuxième critère et l'authenticité de l'information.

Le quatrième critère relatif à l'intérêt public que présente l'information divulguée permet d'exacerber la liberté d'expression pour des questions qui « *concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité* », ce qui est le cas « *des questions qui sont*

## Actualité pénale

*susceptibles de susciter une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé* ». À l'égard des lanceurs d'alerte, « la notion d'intérêt public s'apprécie autant au regard du contenu de l'information divulguée que du principe de sa divulgation ». Dans le cadre d'une information obtenue sur le lieu de travail à propos de laquelle le lanceur d'alerte était tenu à un secret ou au devoir de confidentialité, elle « ne saurait s'apprécier indépendamment du devoir de confidentialité ou du secret qui a été méconnu ». Si certaines informations sont protégées de façon plus vigoureuse – la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ou encore la protection de la réputation ou des droits d'autrui –, d'autres sont soumises à une appréciation *in concreto* pouvant porter sur les activités de l'employeur ou des tiers, qu'il s'agisse d'autorités publiques ou d'entreprises privées, et à une échelle nationale ou supranationale, européenne ou internationale. L'intérêt public « appelle en effet un examen qui s'effectue non de manière abstraite mais en fonction des circonstances de chaque affaire et du contexte dans lequel elle s'inscrit ».

Le cinquième critère est relatif au « préjudice causé à l'employeur constitu[ant] l'intérêt qu'il convient de mettre en balance avec l'intérêt public que présente l'information divulguée ». La Cour a déjà admis que la divulgation puisse « porter atteinte à la réputation professionnelle et aux intérêts commerciaux d'une société ». Si la jurisprudence a été forgée par rapport aux autorités et entreprises publiques, rien n'empêche qu'elle s'applique aussi aux entités

## Actualité pénale

privées. La Cour convient qu'il est « *nécessaire d'affiner les termes de l'opération de mise en balance à effectuer entre les intérêts concurrents en jeu : au-delà du seul préjudice causé à l'employeur, c'est l'ensemble des effets dommageables que la divulgation litigieuse est susceptible d'entraîner qu'il convient de prendre en compte pour statuer sur le caractère proportionné de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression des lanceurs d'alerte protégés par l'article 10 de la Convention* ».

Le sixième et dernier critère s'intéresse à la sévérité de la sanction qui peut prendre différentes formes, aussi bien professionnelles, disciplinaires, que pénales. La situation de la sanction pénale est particulièrement délicate, car si elle semble « *incompatible avec l'exercice de la liberté d'expression, eu égard aux répercussions sur son auteur – notamment au regard de sa carrière professionnelle – et à l'effet dissuasif vis-à-vis d'autres personnes* », « *dans de nombreux cas, selon le contenu de la divulgation et la nature du devoir de confidentialité ou de secret qu'elle méconnaît, le comportement de la personne qui demande la protection dont peut bénéficier un lanceur d'alerte peut légitimement constituer une infraction pénale* ». Le cumul de sanctions de nature différente doit aussi guider l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression.

La CEDH rappelle sa politique en matière de définition du lanceur d'alerte et plus particulièrement le fait « *qu'elle s'est toujours abstenue d'en consacrer une définition abstraite et générale* », puisque « *cette notion ne fait pas l'objet, à ce jour, d'une définition juridique univoque* ». La Cour considère que « *la question de savoir si*

## Actualité pénale

*une personne qui prétend être un lanceur d'alerte bénéficie de la protection offerte par l'article 10 de la Convention appelle un examen qui s'effectue non de manière abstraite mais en fonction des circonstances de chaque affaire et du contexte dans lequel elle s'inscrit* », ce qui produit deux conséquences. D'une part, les juges ne doivent pas mesurer la proportionnalité de l'atteinte, mais seulement si la sanction prononcée constitue « *une ingérence disproportionnée dans son droit à l'exercice de la liberté d'expression* ». D'autre part, la méthode d'appréciation doit être fondée « *sur une démarche casuistique, consistant à apprécier les circonstances propres à chaque affaire dont elle se trouve saisie, à la lumière des principes généraux définis dans sa jurisprudence* ». À ce titre, elle examine, dans un premier temps, la protection des lanceurs d'alerte accordée par le droit interne et, ensuite, sa compatibilité avec sa jurisprudence.

Dans un premier temps, la CEDH souligne que la Cour d'appel helvétique a appliqué avec loyauté et application les lignes directrices dégagées par sa jurisprudence. Ensuite, elle reprend l'application des critères *Guja* à l'espèce. Si les critères sont indépendants l'un de l'autre, puisqu'ils ne sont pas liés dans leur caractérisation juridique, ils n'en sont pas moins interdépendants, puisque « *c'est au terme d'un examen global de l'ensemble de ces critères qu'elle se prononce sur la proportionnalité d'une ingérence* ».

Premièrement, compte tenu de l'information divulguée qui portait sur la nature même de l'activité professionnelle de l'employeur, « *seul le recours direct à un canal externe de divulgation est susceptible de constituer un moyen efficace d'alerte* ».

Deuxièmement, le critère de l'authenticité de l'information n'a

## Actualité pénale

jamais été contesté, puisque les informations divulguées étaient exactes et précises.

Troisièmement, le lanceur d'alerte est de bonne foi car il n'a pas agi « *dans un but de lucre ou pour nuire à son employeur* ».

Quatrièmement, quant à la mise en balance de l'intérêt public que présente l'information divulguée et les effets dommageables de la divulgation, la Grande chambre infirme l'appréciation de la section normale en considérant que le fait que les informations s'inscrivent dans un débat public sur les pratiques fiscales au Luxembourg qui était déjà en cours au moment où le requérant divulgue les informations litigieuses « *ne saurait en soi exclure que ces informations puissent, elles-aussi, présenter un intérêt public au regard du débat ayant suscité des controverses en ce qui concerne les pratiques fiscales des sociétés en Europe* ». De plus, la divulgation des pratiques fiscales de multinationales connues telle l'évasion fiscale, la transparence, l'équité et la justice fiscale présentent un intérêt public pour l'opinion, « *aussi bien au Luxembourg, dont la politique fiscale était directement en cause, qu'en Europe et dans les autres États dont les recettes fiscales pouvaient se trouver affectées par les pratiques révélées* ».

Cinquièmement, il semble incontestable que l'employeur, « *PwC a subi un certain préjudice de réputation, en particulier auprès de ses clients, dès lors que la divulgation litigieuse pouvait susciter des interrogations quant à ses capacités à assurer la confidentialité des données financières qui lui étaient confiées et des activités fiscales menées pour leur compte* », ainsi que ses clients, admettant une atteinte aux intérêts privés et à la réputation des sociétés

## Actualité pénale

multinationales dont les noms ont été révélés au grand public. Néanmoins, sa constatation en des termes généraux ne suffit pas, car il est nécessaire pour les juges d'apporter des précisions *« permettant de comprendre pourquoi elle a finalement estimé qu'un tel préjudice, dont la nature et la portée n'ont au demeurant pas été déterminées de manière circonstanciée, était supérieur à l'intérêt général que présentait la divulgation des informations litigieuses »*. Ces défauts montrent que *« l'opération de mise en balance effectuée par les juridictions internes ne répond pas aux exigences définies »*, car l'interprétation de l'intérêt public est trop restrictive, alors que l'ensemble des effets dommageables de la divulgation n'a pas été évalué, s'étant attaché seulement au préjudice subi par PwC et ignorant les spécificités de l'affaire. La Cour procède elle-même à la mise en balance de l'intérêt de la divulgation par rapport aux effets dommageables. En raison de *« l'importance, à l'échelle tant nationale qu'européenne, du débat public sur les pratiques fiscales des multinationales auquel les informations divulguées par le requérant ont apporté une contribution essentielle, la Cour estime que l'intérêt public attaché à la divulgation de ces informations, l'emporte sur l'ensemble des effets dommageables »*, même *« au prix d'un vol de données et de la violation du secret professionnel qui liait le requérant »*.

Sixièmement et dernièrement, sur la sévérité de la sanction, la Cour rappelle qu'elle doit être appréciée *« indépendamment du caractère mineur ou non de la sanction infligée »*, puisque *« le fait même de la condamnation (...) importe »* de par son caractère dissuasif à l'égard d'autres éventuels lanceurs d'alerte. Le cumul du licenciement prononcé par l'employeur, des poursuites pénales et de la

## Actualité pénale

condamnation au terme d'une procédure ayant connu un fort retentissement médiatique à une peine d'amende de 1 000 euros est susceptible d'avoir un « *effet dissuasif au regard de la liberté d'expression du requérant ou de tout autre lanceur d'alerte* » et l'atteinte à la liberté d'expression « *ne peut être considérée comme proportionnée au regard du but légitime poursuivi* ».

En conclusion, la Grande chambre de la CEDH considère qu'il y a une violation de l'article 10 de la Convention, car « *après avoir pesé les différents intérêts ici en jeu et pris en compte la nature, la gravité et l'effet dissuasif de la condamnation pénale infligée au requérant* », « *l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression de ce dernier, en particulier de son droit de communiquer des informations, n'était pas "nécessaire dans une société démocratique"* ». À ce titre, M. Halet obtient 15 000 euros de satisfaction équitable pour le dommage moral subi et 40 000 euros de frais et dépens.

L'arrêt rendu par la CEDH, en sa Grande chambre, réforme l'appréciation de la section normale qui semblait restreindre la liberté d'expression et la protection accordée aux lanceurs d'alerte dans le cas de M. Halet. Si la Cour fixe des critères et des lignes directrices d'appréciation de ces questions, elle exige que l'appréciation se fasse au cas par cas, selon une méthode casuistique et pragmatique. Elle met fin ainsi à une des grandes affaires révélées grâce aux lanceurs d'alerte, LuxLeaks, mais ouvre aussi la porte à des appréciations diverses dans les autres affaires ayant vocation à lui être soumises.

## **Sur la complexe question du rapatriement des familles françaises de djihadistes**

*CEDH, gr. ch., 14 septembre 2022, n<sup>os</sup> 24384/19 et 44234/20,  
affaire H.F. et autres c. France*

À l'origine de la décision très attendue de la Cour européenne des droits de l'Homme se trouvent deux requêtes dirigées contre la France dont quatre ressortissants ont saisi respectivement la Cour les 6 mai 2019 et 7 octobre 2020, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>1</sup>. Les requérants allèguent que le refus de la France de rapatrier leurs filles et petits-enfants retenus dans les camps du nord-est de la Syrie expose ces derniers à des traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 de la Convention, et viole le droit d'entrer sur le territoire dont ils sont ressortissants, garanti par l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 ainsi que celui du respect de leur vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention. Ils se plaignent également, sur le terrain de l'article 13 combiné avec l'article 3 § 2 du Protocole n° 4, de ne pas avoir disposé de recours interne effectif pour contester la décision de ne pas les rapatrier.

---

<sup>1</sup>. La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles.

## Police administrative

Les enjeux majeurs de cette affaire complexe mêlent dimension humaine au regard des conditions de vie alarmantes dans les camps, dimension juridique au regard des obligations conventionnelles des États parties à la Convention et dimension sécuritaire au regard du profil des rapatriées qui « *demeurent profondément ancrées dans leur radicalité terroriste et islamiste* »<sup>2</sup>. De l'aveu de la secrétaire d'État à l'enfance, Charlotte Caubel, « *l'état de ces enfants à leur arrivée peut être très dégradé* », car « *ce sont des enfants de la guerre* »<sup>3</sup>. Signe de l'importance de l'affaire, sept États membres du Conseil de l'Europe<sup>4</sup> sont intervenus dans la procédure. Sont également intervenus, tous dans le même sens, la Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, le Défenseur des droits, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, plusieurs Rapporteurs spéciaux des Nations unies et organisations non gouvernementales (ONG)<sup>5</sup>.

---

2. GONZALES, Paule. Les services antiterroristes s'alarment du profil des dernières revenantes. *Le Figaro*, 28-29 janvier 2023, p. 10.

3. « Enfants de djihadistes : Des résultats spectaculaires sont possibles », *Le Monde*, 26 janvier 2023, p. 17.

4. Norvège, Danemark, Royaume-Uni, Pays-Bas, Belgique, Espagne et Suède.

5. Le Défenseur des droits a rendu une décision sur ce sujet (n° 2019-129) le 22 mai 2019, dans laquelle il considère que la France exerce son contrôle sur ces camps et que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas pris en compte par les autorités françaises ; la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) a rendu un avis le 24 septembre 2019 demandant le rapatriement des enfants français retenus en Syrie et de leurs parents, dans une déclaration du 28 mai 2019 ; la Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe a exhorté les États membres du Conseil de l'Europe à prendre toutes les mesures nécessaires pour rapatrier d'urgence leurs ressortissants mineurs, qui sont des victimes. Elle encourage également à envisager de rapatrier les mères de ces enfants, en vertu de l'intérêt supérieur de ces derniers.

Police administrative

## La procédure

En 2014 et 2015, les filles des requérants se rendirent en Syrie de leur propre chef avec leurs partenaires radicalisés. Leurs départs s'inscrivaient dans le cadre d'un phénomène plus général au sein duquel des ressortissants de plusieurs États européens s'étaient rendus en zone irako-syrienne afin de rejoindre Daech. Les filles des requérants auraient été arrêtées par les forces syriennes au cours de la bataille finale, et conduits dans le camp d'Al-Hol entre décembre 2018 et mars 2019. Le directeur régional du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) qualifia la situation des camps de « *vision apocalyptique* ».

Par un courrier envoyé le 31 octobre 2018 adressé au ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE), resté sans réponse, les requérants demandèrent le rapatriement de leur fille, « *très affaiblie* » et de leurs petits-enfants, faisant valoir le souhait réitéré de la première de revenir en France – « *elle n'a pas pu [revenir] car seule avec deux petits et sans argent* » – et le danger de mort des seconds au vu de leur état de santé. Ils indiquèrent que leur fille « n'avait rien de fait de mal » et avait été « *manipulée* » en 2014 par le père, décédé, de ses enfants. Par une requête enregistrée le 5 avril 2019, ils demandèrent au juge des référés du tribunal administratif (TA) de Paris, d'enjoindre au MEAE d'organiser le rapatriement en France de leur fille et de leurs petits-enfants, faisant valoir que ces derniers étaient exposés à des traitements inhumains et dégradants et à une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie.

**Police administrative**

Dans une note intitulée « Demandes de rapatriement de ressortissants français détenus dans la zone du Levant », la position de la France était ainsi exprimée : après avoir rappelé que les personnes concernées étaient délibérément parties rejoindre une organisation terroriste en guerre contre la coalition à laquelle participait la France, et qu'il appartenait aux autorités locales de se prononcer sur leur responsabilité dans des crimes ou délits, la France distingue trois situations. S'agissant, d'une part, des Français interpellés en Turquie, le Gouvernement a négocié un protocole qui permet d'obtenir l'expulsion de ces personnes (majeurs ou mineurs) vers la France, où elles sont prises en compte par l'autorité judiciaire dès leur arrivée.

S'agissant, d'autre part, des Français majeurs détenus en Irak, ils relèvent d'abord des autorités de ce pays à qui il revient de décider souverainement s'ils doivent faire l'objet de procédures judiciaires sur place. Ces personnes peuvent bénéficier de la protection consulaire de droit commun. Cette protection implique l'exercice du droit de visite et notamment la vérification que les personnes en cause ne sont pas soumises à des traitements inhumains ou dégradants au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

S'agissant, enfin, des Français majeurs détenus en Syrie, la France n'a pas de relations diplomatiques avec ce pays encore, en de nombreux endroits, zone de guerre. C'est pourquoi, son intervention s'exerce d'abord à travers les organismes internationaux compétents, en particulier *via* le CICR. Il appartient aux autorités locales de se prononcer sur la responsabilité que ces Français majeurs pourraient avoir dans les crimes ou délits commis

## Police administrative

dans ce territoire du fait de leur appartenance à une organisation terroriste.

L'ancien ministre de l'Europe et des Affaires étrangères, Jean-Yves Le Drian, avait ainsi résumé la situation : « *Ceux qui sont Français et qui ont combattu dans les rangs de Daech ont combattu la France. Ce sont donc des ennemis, et il faut qu'ils soient traités et jugés là où ils ont commis leurs crimes, singulièrement en Irak et en Syrie* »<sup>6</sup>. La France rappelait encore, dans ce même document, son opposition à la peine de mort et, s'agissant des mineurs français en Irak ou en Syrie, qu'ils ont droit à la protection de la République et peuvent être pris en charge selon les règles concernant la protection des mineurs et rapatriés, sous réserve que leur responsabilité pénale ait été écartée par les autorités locales.

Par une ordonnance du 10 avril 2019, le juge des référés rejeta la demande des requérants : « *Le rapatriement sollicité de ressortissants français retenus, hors du territoire national, dans une zone contrôlée par des forces étrangères impliquerait des mesures qui ne sont pas détachables de la conduite de l'action extérieure de la France. Il constitue dès lors, de même que le refus de l'effectuer, un acte échappant à la compétence de la juridiction administrative* ».

---

6. Entretien exclusif. Jean-Yves Le Drian sur Daech : « La position de la France c'est qu'il n'y a pas de retour ». [en ligne]. Propos recueillis par Laurent Marchand, *Ouest-France*, 31 mars 2019. Disponible sur : <https://www.ouest-france.fr/politique/jean-yves-le-drian/entretien-jean-yves-le-drian-sur-daech-la-position-de-la-france-c-est-qu-il-n-y-pas-de-retour-6287799>

## Police administrative

Les requérants interjetèrent appel devant le Conseil d'État de l'ordonnance du 10 avril 2019. Ils firent valoir que la condition d'urgence était remplie et reconnue par les autorités françaises qui avaient procédé au rapatriement de cinq enfants le 15 mars 2019. Ils soulignèrent la dégradation des conditions sanitaires et sécuritaires des camps et dénoncèrent l'absence de contrôle du juge sur le refus des autorités françaises de faire cesser les traitements inhumains et dégradants ainsi que le risque de mort auxquels étaient exposés L. et ses deux enfants. Outre l'invocation des obligations de l'État au titre des articles 2 et 3 de la Convention, ils alléguèrent que l'inaction de ce dernier les privait de leur droit au retour sur le territoire national. Dans son mémoire devant le Conseil d'État, le ministère des Affaires étrangères objecta, à titre principal, que la mesure demandée relevait de la catégorie des actes de gouvernement dont le juge ne pouvait pas connaître. La thèse était confirmée par l'ordonnance du Conseil d'État 23 avril 2019 (CE, ord., 23 avril 2019, n° 429668, *AJDA* 2019. 1644, note S. Slama ; et 1803, chron. L. Burgorgue-Larsen) au motif que l'enjeu est « *soit que l'État intervienne auprès d'autorités étrangères sur un territoire étranger afin d'organiser le rapatriement en France de ressortissants, soit qu'il s'efforce de prendre lui-même des mesures pour assurer leur retour à partir d'un territoire hors de sa souveraineté* ».

Parallèlement, les requérants saisirent le tribunal judiciaire de Paris en vue de faire constater l'existence d'une voie de fait, du fait de l'abstention volontaire des autorités françaises de mettre fin au caractère arbitraire de la détention de leurs fille et petit-fils et du refus d'organiser leur rapatriement. Ils firent valoir que leur

## Police administrative

détention illégale se poursuivait, au péril de leur vie, sans que l'État n'ait tenté d'agir d'une façon ou d'une autre pour y mettre un terme. Par un jugement du 18 mai 2020, cette juridiction se déclara incompétente : « *Le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, implique, de jurisprudence constante, que certains actes de l'administration échappent à tout contrôle juridictionnel* ».

## La question juridique

Quelle liberté conserve l'État français pour examiner la question du rapatriement de ses ressortissants alors même qu'il s'est engagé conventionnellement à garantir pour chacun de ses nationaux un droit individuel de réadmission ?<sup>7</sup> Autrement dit, existe-t-il une obligation positive de l'État d'exercer sa protection consulaire et d'organiser diplomatiquement et matériellement le rapatriement de ses nationaux pour mettre fin aux traitements inhumains et dégradants ?

La Cour rappelle que l'article 3§2 a pour objectif d'interdire définitivement l'exil et doit se lire à la lumière du nouveau contexte

---

<sup>7</sup>. Voir l'excellent article du professeur LEPOUTRE, Jules : L'essentiel toujours en suspens. A propos de la décision de la CEDH relative au rapatriement des familles des djihadistes. [en ligne] *JP Blog*. Disponible sur : <https://blog.juspoliticum.com/2022/09/29/lessentiel-toujours-en-suspens-a-propos-de-la-decision-de-la-cedh-relative-au-rapatriement-des-familles-de-jihadistes-par-jules-lepoutre/>

**Police administrative**

international dans lequel, face à une mondialisation croissante, les États sont confrontés à de nouveaux défis au regard du droit d'entrer sur le territoire national, en termes de sécurité et de défense dans le domaine de la protection diplomatique et consulaire, du droit international humanitaire et de la coopération internationale. La CEDH rejette ainsi la lecture restrictive du Gouvernement français et juge que certaines circonstances tenant à la situation de la personne peuvent faire naître un lien juridictionnel avec cet État. La Cour, prudente<sup>8</sup>, insiste sur l'importance des circonstances propres à chaque espèce. Dans la présente affaire, elle conclut à l'existence d'un tel lien juridictionnel avec la France en raison de l'existence de demandes officielles de rapatriement, invoquant des violations de valeurs fondamentales du Conseil de l'Europe, alors que la vie et l'intégrité physique de leurs proches étaient menacées et qu'il leur était impossible de quitter les camps sans l'assistance des autorités françaises, alors même que les autorités kurdes ont indiqué souhaiter remettre ces personnes. La CEDH ne consacre pas de droit au rapatriement des ressortissants français retenus dans le Nord-Est syrien, rappelant que la Convention ne garantit aucun droit à une protection diplomatique, soulignant le risque qu'il y aurait, en consacrant un tel droit, d'aboutir à la reconnaissance d'un droit individuel à la protection diplomatique qui irait à l'encontre du droit international et du pouvoir discrétionnaire des États. Pour autant, relevant que l'article

---

<sup>8</sup>. La majorité de la doctrine considère cette décision comme réservée et prudente. Lire BIOY, Xavier, SCHMITZ, Julia. Réadmission des familles françaises de djihadistes, entre obligation de protéger et réalisme, *AJDA* 2023, p. 83.

**Police administrative**

3, § 2, du Protocole n° 4 met déjà à la charge de l'État des obligations positives afin de garantir effectivement l'entrée sur le territoire national (délivrance de documents de voyage) elle juge que, en cas de circonstances exceptionnelles tenant notamment à l'existence d'éléments extraterritoriaux mettant le ressortissant dans une situation comparable à celle d'un exilé, l'État peut se voir imposer de nouvelles obligations positives.

**Les obligations procédurales à la charge de l'État**

En présence de pareilles circonstances exceptionnelles, la CEDH indique que son contrôle se limitera à contrôler si le refus opposé par l'État français aux demandes des intéressés a été entouré de garanties appropriées contre l'arbitraire.

À ce titre, elle juge que le rejet d'une demande de retour sur le territoire national doit pouvoir faire l'objet d'un mécanisme de contrôle indépendant (non nécessairement juridictionnel) des décisions permettant de vérifier que les motifs tirés de considérations impérieuses d'intérêt public ou de difficultés d'ordre juridique, diplomatique et matériel que les autorités exécutives pourraient légitimement invoquer sont bien dépourvus d'arbitraire. Lorsque la demande de retour est faite au nom de mineurs, ce contrôle implique de vérifier la prise en compte de l'intérêt supérieur des enfants.

En l'espèce, c'est parce que les juridictions nationales ont toutes fait valoir la théorie de l'acte de gouvernement, aux termes de laquelle, en vertu du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, les

## Police administrative

juridictions administratives et judiciaires ne sont pas compétentes pour examiner la légalité d'actes non détachables de la conduite des relations extérieures de la France, que la Cour juge que l'examen des demandes de rapatriement n'a pas été entouré de garanties appropriées contre l'arbitraire et qu'il y a eu violation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4<sup>9</sup>. La notion d'acte de Gouvernement est prétorienne et la doctrine a dégagé deux grandes catégories d'actes de gouvernement : ceux qui mettent en cause les rapports entre les pouvoirs publics et ceux « non détachables de la conduite des relations internationales », parmi lesquels peuvent être rangés, pêle-mêle, les actes relatifs à la protection diplomatique et consulaire, à la mise en œuvre des engagements internationaux ou aux opérations de défense comme au rapatriement des harkis d'Algérie.

Certains ont pu considérer que cette décision « *préserve davantage l'intérêt de l'État que celui des personnes mineures ou majeures* »<sup>10</sup>. Faut-il s'en plaindre car, derrière la préservation de l'intérêt de l'État,

---

9. Lire MERLOZ, Florence, Conseillère référendaire à la Cour de cassation. Demandes de rapatriement des familles françaises de djihadistes retenus en Syrie : nécessité de procéder à un examen individuel indépendant des demandes. [en ligne] *Dalloz Actualité*, 20 septembre 2022. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/demandes-de-rapatriement-des-familles-francaises-de-djihadistes-retenus-en-syrie-necessite-de->

10. MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. Chronique CEDH : rapatriement des mères djihadistes et de leurs enfants détenus en Syrie. [en ligne] *Dalloz Actualité*, 9 novembre 2022. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/chronique-cedh-rapatriement-des-meres-djihadistes-et-de-leurs-enfants-detenus-en-syrie>

**Police administrative**

dans un domaine de souveraineté absolue, il y a immédiatement la protection des Français. Est-il nécessaire de rappeler que la déradicalisation, à la supposer possible, est un processus complexe, le journaliste spécialiste des djihadistes français, David Thomson estimant que les « *repentis* » sont des exceptions. En effet, les anciens combattants en Syrie refusent quasi systématiquement de témoigner contre l'État islamique auprès des services du renseignement intérieur. Le seul repentis rencontré par D. Thomson explique : « *En rentrant, la plupart sont déçus peut-être, mais repentis, pas du tout (...). Ils sont encore partisans du djihad (...). Ils ont des gros dossiers sur les gens de l'EI, mais ils ne veulent pas aider parce qu'ils considèrent la France comme une force mécréante, ennemie de l'Islam* »<sup>11</sup>. Nous voilà prévenus.

---

<sup>11</sup>. THOMSON, David. *Les Revenants : ils étaient partis faire le jihad, ils sont de retour en France*. Paris, Seuil, 2016, p. 87.

<i>Directeur de publication :</i>	<b>Colonel David BIÈVRE</b>
<i>Rédacteur en chef :</i>	<b>G<sup>al</sup> d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD</b>
<i>Rédacteurs :</i>	<b>G<sup>al</sup> d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD Claudia GHICA-LEMARCHAND Jérôme MILLET Marc-Antoine GRANGER</b>
<i>Équipe éditoriale :</i>	<b>Odile NETZER</b>

**Le CREOGN n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les articles. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.**