

Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011

*Loi d'orientation et de programmation
pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI)*

La loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI) a été délibérée au conseil des ministres le 27 mai 2009. L'Assemblée nationale et le Sénat l'ont adoptée en première lecture les 16 février et 7 septembre 2010. Ils l'ont adoptée en deuxième lecture les 21 décembre 2010 et 18 janvier 2011. Après réunion d'une commission mixte paritaire (CMP) le 26 janvier, la loi a été définitivement adoptée par l'Assemblée nationale et le Sénat le 8 février 2011.

Elle a été déférée au Conseil constitutionnel le 15 février 2011 par plus de soixante députés et par plus de soixante sénateurs qui critiquaient les articles 1^{er}, 4, 11, 18, 37, 38, 41, 43, 53, 58, 60, 61, 90, 92 et 101. Le Gouvernement a présenté ses observations le 25 février 2011. Les députés et les sénateurs requérants y ont répliqué par des mémoires enregistrés les 2 et 3 mars 2011.

Par sa décision n° 2011-625 du 10 mars 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les articles 41, 53, 90, 92 et 101 de la loi ainsi que certaines dispositions de ses articles 18, 37 et 43.

Il a, en outre, soulevé d'office et déclaré contraires à la Constitution les articles 10, 32 et 91 ainsi que certaines dispositions des articles 14 et 123.

Il a déclaré conformes à la Constitution les articles 1^{er}, 4, 38, 58, 60 et 61 ainsi que le surplus des articles 14, 37 et 43 et, à l'article 11, les articles 230-6 à 230-11 du code de procédure pénale (CPP). S'agissant du surplus de l'article 14 et des articles 230-6 à 230-11 du CPP, la déclaration de conformité à la Constitution a été assortie de réserves d'interprétation.

I. – Les dispositions contestées

A. - Article 1^{er} : approbation du rapport annexe

Le chapitre I^{er} de la loi comprend l'article 1^{er} qui dispose que « *le rapport annexé sur les objectifs et les moyens de la sécurité intérieure à horizon 2013 est approuvé* ». Ce rapport prévoit quatre types d'objectifs pour les services de police, de gendarmerie et de sécurité civile : assurer la sécurité partout et pour tous grâce à une approche globale de la politique de sécurité ; optimiser l'action des forces de sécurité intérieure dans le cadre du rapprochement police/gendarmerie ; accroître la modernisation des forces en intégrant pleinement les progrès technologiques ; rénover le management des ressources et les modes d'organisation.

Les requérants dénonçaient le caractère non normatif et, partant, inintelligible de cet article.

Le Conseil constitutionnel a jugé à plusieurs reprises que les orientations présentées dans un rapport annexé à une loi n'ont pas de valeur normative¹ tout en précisant que le grief tiré du défaut de portée normative de la loi ne peut être utilement soulevé à l'encontre des orientations annexées à une loi de programme².

Dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³, l'antépénultième alinéa de l'article 34 de la Constitution dispose que « *des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État* ». En outre, il n'impose plus que ces objectifs se rattachent « *à l'action économique et sociale* »⁴.

Le Conseil a donc rejeté le grief en jugeant que l'article 1^{er} de la loi ne faisait que mettre en œuvre cet article 34.

B. – Article 4 : blocage des sites internet pédopornographiques

L'article 4 tend à renforcer la lutte contre la pédopornographie en instituant un dispositif de blocage de l'accès à certains sites internet.

¹ Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, cons. 20 et 21.

² Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. 12.

³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation, des institutions de la V^e République.

⁴ Ancienne version de l'article 34 de la Constitution.

La répression des sites « pédopornographiques » est actuellement double en droit français.

D'une part, l'article 227-23 du code pénal, modifié par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance réprime la production d'images et de représentations de mineurs à caractère pornographique, leur consultation habituelle, leur détention, leur enregistrement, ou encore leur diffusion par une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Le fait de fabriquer, diffuser ou transporter, par quelque moyen que ce soit, ces images illicites est réprimé, par l'article 227-24 du code pénal, d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

D'autre part, pour protéger l'ensemble des internautes contre la diffusion de telles images, mais pas seulement celles-là, un dispositif de lutte contre les contenus illicites sur internet est organisé par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. C'est l'article 6 de cette loi de 2004 que l'article 4 de la loi déferée vient modifier pour instaurer, à la charge des fournisseurs d'accès à internet (FAI) une obligation d'empêcher l'accès aux sites diffusant des images pédopornographiques.

L'article 6 de la loi de 2004 est une disposition complexe dont le Conseil constitutionnel a eu à connaître⁵. Il distingue la responsabilité des hébergeurs de celle des FAI. Les uns comme les autres ne sont pas soumis « *à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ».

Cet article 6 ne permet de faire fermer un site (ou supprimer un contenu) que si le site contenant des images ou représentations de mineur à caractère pornographique est hébergé en France. La plupart des sites de cette nature sont cependant hébergés à l'étranger. L'étude d'impact de la LOPPSI souligne que « *jusqu'à fin 2007, un hébergeur russe diffusait près de 50 % de la pédopornographie mondiale* ». Face à cette situation, le Forum des droits sur l'internet a émis le 29 octobre 2008 une recommandation préconisant la mise en place d'un filtrage des sites pédophiles par les FAI. C'est ce à quoi procède l'article 4 de la loi déferée.

Les requérants formulaient un double grief contre cet article 4. Ils dénonçaient le caractère inapproprié et contreproductif de la mesure, d'une part, et l'atteinte disproportionnée portée à la liberté de communication, d'autre part. Sur le premier point, les requérants entendaient démontrer que l'institution d'un

⁵ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

dispositif de filtrage ou blocage n'est pas de nature à empêcher réellement la pédopornographie sur internet et ne peut que conduire les personnes qui diffusent de telles images à adopter des dispositifs de contournement plus sophistiqués qui rendent plus difficile la lutte contre la criminalité sur internet. Ils dénonçaient, en outre, le coût de la mesure comme contraire au principe de bon emploi des deniers publics. Sur le second point, les requérants estimaient que la possibilité donnée à une autorité administrative de bloquer l'accès à certains sites internet n'était pas conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 sur la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet dite « HADOPI » (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet).

– L'objectif poursuivi par cet article est de lutter contre la pédopornographie. Le Conseil constitutionnel ne procède en principe qu'à un contrôle restreint de l'adéquation des moyens au but poursuivi par le législateur. Il rappelle régulièrement, y compris s'agissant de mesure portant atteinte à des libertés constitutionnellement protégées, qu'il « *ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* »⁶. Par conséquent le Conseil a écarté les arguments tirés de l'inefficacité supposée du dispositif.

S'agissant du coût de la mesure il n'est pas laissé à la charge des FAI puisque la loi prévoit la compensation des surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs. Dès lors, elle n'est contraire ni aux exigences rappelées dans la décision du 28 décembre 2000 sur la loi de finances rectificative pour 2000⁷ ni au bon emploi des deniers publics.

– S'agissant de la proportionnalité de l'atteinte à la liberté de communication, chacun se souvient que, dans la décision du 10 juin 2009⁸, le Conseil constitutionnel avait censuré les pouvoirs accordés à une autorité administrative indépendante pour couper l'accès à internet. Ces pouvoirs pouvaient conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement. Dans ces conditions, le Conseil avait jugé que le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les titulaires du droit d'auteur. Ces pouvoirs ne peuvent incomber qu'au juge.

⁶ Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 41.

⁷ Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, cons. 41.

⁸ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, dite « HADOPI 1 », cons. 16.

Par rapport au dispositif de sanction de la HADOPI déclaré contraire à la Constitution en juin 2009, il y a une triple différence qui justifie que le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel l'ait conduit, dans le cas présent, à ne pas constater une violation de la Constitution. Premièrement, il s'agit de protéger les utilisateurs d'internet eux-mêmes ; deuxièmement, il s'agit également de lutter contre l'exploitation sexuelle des mineurs, ce qui peut justifier des mesures que la préservation de la propriété intellectuelle ne peut fonder ; troisièmement, comme le rapporteur au Sénat le rappelait, « *la disposition proposée présente une portée beaucoup plus restreinte puisqu'elle tend non à interdire l'accès à internet mais à empêcher l'accès à un site déterminé en raison de son caractère illicite* »⁹.

Au total, relevant que la décision de l'autorité administrative est susceptible d'être contestée à tout moment, y compris en référé, devant la juridiction compétente, le Conseil a déclaré l'article 4 de la loi conforme à la Constitution.

C. – Article 11 : fichiers d'antécédents judiciaires

L'article 11 insère dans le CPP un nouveau chapitre consacré aux fichiers de police judiciaire comportant deux sections. La première est relative aux fichiers d'antécédents judiciaires. La seconde traite des fichiers d'analyse sérielle. Ces deux sections codifient, en les modifiant, les articles 21 et 21-1 et le paragraphe I de l'article 23 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. Seuls les fichiers d'antécédents étaient contestés.

Les fichiers d'antécédents sont pour la police nationale, le système de traitement des infractions constatées (STIC) créé par le décret du 5 juillet 2001 modifié¹⁰, et pour la gendarmerie nationale, le système judiciaire de traitement et d'exploitation (JUDEX) créé par le décret du 26 novembre 2006¹¹. L'article 21 de la loi du 18 mars 2003 a fixé un cadre commun à ces deux traitements qui devrait s'appliquer à la future application de rapprochements, d'identification et d'analyse pour l'enquêteur (ARIANE), commune à la police et à la gendarmerie.

⁹ Jean-Patrick Courtois, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, Sénat, session ordinaire de 2009-2010, n° 517, 2 juin 2010, p. 47.

¹⁰ Décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001 pris pour l'application des dispositions du troisième alinéa de l'article 31 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et portant création du système de traitement des infractions constatées.

¹¹ Décret n° 2006-1411 du 20 novembre 2006 portant création du système judiciaire de documentation et d'exploitation dénommé « JUDEX ».

Les fichiers d'antécédents judiciaires peuvent actuellement contenir des informations sur les personnes, sans limitation d'âge, à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elles aient pu participer à la commission de « *crimes, de délits ou de contraventions de la cinquième classe sanctionnant un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publique ou une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'État* » (article 21 de la loi du 18 mars 2003 précitée). Les mêmes fichiers peuvent comprendre des informations relatives aux victimes de ces infractions.

Le Gouvernement a souhaité étendre la finalité de ces traitements à la conservation des données recueillies à l'occasion des enquêtes pour recherche de cause de mort (article 74 du CPP) et pour disparition inquiétante (article 74-1 du CPP).

Les griefs des requérants s'appuyaient principalement sur le rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) remis au Premier ministre le 20 janvier 2009 sur le contrôle du STIC¹² qui critique le respect insuffisant du principe, résultant de la loi du 6 janvier 1978¹³, selon lequel les données à caractère personnel figurant dans un traitement de données à caractère personnel « *sont exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ; les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées* »¹⁴. Ce rapport critiquait le nombre de fiches inexactes de personnes mises en cause ainsi que l'insuffisance et l'inefficacité des mesures prises pour leur mise à jour, leur rectification et leur effacement. Les requérants demandaient au Conseil constitutionnel de déclarer l'article 11 contraire à la Constitution en raison de l'absence de réponse, dans la loi, aux préconisations de la CNIL. Ils demandaient à tout le moins que le Conseil réitère les réserves d'interprétation formulées dans sa décision du 13 mars 2003 (voir *infra*).

Dans ses observations en réponse, le Gouvernement faisait valoir qu'il avait pris les mesures pour répondre aux préconisations de la CNIL.

En réalité, une partie de ce débat intéresse non le cadre législatif lui-même, mais les mesures concrètes qu'il appartient au ministère de l'intérieur de mettre en œuvre sous le contrôle de la CNIL. Il n'appartenait pas au Conseil constitutionnel de se prononcer concrètement sur le respect de la législation « informatique et liberté ».

¹² http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/Controles_Sanctions/Conclusions%20des%20controles%20STIC%20CNIL%202009.pdf

¹³ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁴ Article 6, 4°.

Le Conseil constitutionnel a eu à connaître des articles 21 et 25 de la loi du 18 mars 2003¹⁵. Il avait alors formulé cinq réserves :

- la loi du 6 janvier 1978 s'appliquera aux traitements en cause (cons. 26) ;
- toute personnes inscrite dans le fichier doit pouvoir exercer son droit d'accès et de rectification des données la concernant dans les conditions prévues à l'article 39 de cette loi (cons. 43) ;
- lorsque les données sont consultées dans le cadre d'enquêtes administratives, elles ne peuvent constituer qu'un élément de la décision prise par l'autorité administrative, sous le contrôle du juge (cons. 34) ;
- l'utilisation des ces données ne saurait permettre la remise en cause de l'acquisition de la nationalité française lorsque celle-ci est, en vertu de la loi, de plein droit ; elle ne saurait pas davantage interdire le renouvellement d'un titre de séjour lorsque celui-ci est, en vertu de la loi, de plein droit ou lorsqu'il est commandé par le respect du droit de chacun à mener une vie familiale normale (cons. 35) ;
- s'agissant des mineurs, il appartient au décret de déterminer une durée de conservation conciliant, d'une part, la nécessité d'identifier les auteurs d'infractions et, d'autre part, celle de rechercher le relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants (cons. 38).

Dans sa décision du 10 mars 2011, le Conseil constitutionnel a rappelé ces réserves d'interprétation qui demeurent valables pour les dispositions désormais codifiées dans le CPP. Pour le reste, le Conseil a relevé deux modifications de fond de l'encadrement des fichiers d'antécédents qui, pour la première, en améliorent le contrôle par l'autorité judiciaire et, pour la seconde, limitent les risques d'atteinte à la vie privée. D'une part, il est institué un magistrat référent chargé de suivre la mise en œuvre et la mise à jour des traitements. Le procureur de la République ou le magistrat référent doit désormais répondre, dans le délai d'un mois, aux demandes d'effacement ou de rectification dont il est destinataire. D'autre part, il est prévu que les données relatives aux personnes mises en cause et qui sont conservées dans les traitements alors que la procédure s'est terminée par un acquittement, une relaxe, un non lieu ou un classement sans suite, font l'objet d'une mention qui interdit leur consultation dans le cadre d'une enquête administrative (la mention existait auparavant, mais n'avait pas cet effet).

¹⁵ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 17 à 46.

Enfin le Conseil a écarté le grief formé contre le caractère inintelligible et infondé des dispositions du premier alinéa de l'article 230-8 du CPP qui prévoient : « *Les décisions de non-lieu et, lorsqu'elles sont motivées par une insuffisance de charges, de classement sans suite font l'objet d'une mention, sauf si le procureur de la République ordonne l'effacement des données personnelles. Les autres décisions de classement sans suite font l'objet d'une mention.* » Le Conseil a jugé que la différence de règles relatives à la conservation des données selon le motif du classement sans suite était fondée sur l'absence d'intérêt à conserver des données mettant en cause des personnes alors que la procédure a été classée sans suite pour insuffisance de charge.

Le Conseil constitutionnel a donc déclaré conformes à la Constitution les articles 230-6 à 230-11 du CPP, relatifs aux fichiers d'antécédents, sous les mêmes réserves d'interprétation que celles qu'il avait formulées sur l'article 21 de la loi du 18 mars 2003.

D. – Article 18 : vidéoprotection

Comme le soulignait l'exposé des motifs du projet de loi, celui-ci avait pour objet « *de favoriser la réalisation du plan de triplement des caméras installées sur le territoire* ». À cette fin, l'article 18 apporte plusieurs modifications à l'article 10 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Il étend les cas d'utilisation de la vidéosurveillance sur la voie publique, assouplit les conditions de visionnage des images par des agents privés et place le dispositif sous le contrôle de la « commission nationale de vidéoprotection ».

Dans sa décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, le Conseil a examiné les dispositions de la loi du 21 janvier 1995 instaurant le cadre législatif de la vidéosurveillance. Il a alors examiné si cet article instituait les garanties appropriées pour assurer la conciliation entre, d'une part, les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et de recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties (cons. 3). À l'exception des dispositions instaurant un régime d'autorisation tacite par l'administration, le Conseil a déclaré cet article 10 conforme à la Constitution sous quelques réserves d'interprétation.

L'extension des motifs permettant de recourir à la vidéosurveillance sur la voie publique par des personnes publiques n'était pas contestée. Les dispositions relatives à la Commission nationale de la vidéoprotection et aux conditions dans

lesquelles la CNIL peut contrôler des dispositifs de vidéoprotection n'étaient pas davantage contestées. Les requérants ne contestaient que deux types de dispositions : celles qui assouplissaient les conditions dans lesquelles les personnes privées peuvent mettre en œuvre un dispositif de vidéosurveillance sur la voie publique pour leur propre compte et celles qui permettaient la délégation à des personnes privées de l'exploitation et du visionnage de la vidéosurveillance pour le compte de personnes publiques. Pour les requérants, il s'agissait d'une privatisation de missions inhérentes à l'exercice, par l'État, de ses missions de souveraineté.

– L'article 10 de la loi de 1995 prévoit actuellement que des personnes morales de droit privé peuvent recourir à des systèmes de vidéoprotection « *pour la protection des abords immédiats de leurs bâtiments et installations (...) dans les lieux susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme* ». La loi déferée prévoyait, d'une part, d'ajouter la prévention des vols et des agressions aux finalités de la vidéosurveillance mise en œuvre par des personnes privées et, d'autre part, d'élargir le champ de la surveillance possible au-delà des seuls abords « *immédiats* ». Les débats parlementaires montrent que cet élargissement était envisagé comme de nature à permettre de faire l'économie d'une vidéosurveillance publique dans les quartiers suffisamment équipés par des dispositifs de surveillance mis en œuvre par des personnes privées pour leur compte.

Le Conseil constitutionnel ne s'était jusqu'alors jamais prononcé sur la faculté qu'offre la loi aux personnes privées de mettre en œuvre des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique. Cette faculté, jusqu'à présent restreinte, a été ouverte par la loi du 22 janvier 2006 que le Conseil n'a pas examiné sur ce point¹⁶.

– Un deuxième objectif de l'article était, selon les termes de l'exposé des motifs, de permettre une « *délégation d'une autorité publique* » soit pour exploiter un dispositif de vidéosurveillance soit pour visionner les images pour le compte de personnes publiques. À cet effet il était prévu que les salariés du délégataire privé pussent visionner les images prises par l'autorité publique sur la voie publique. Il ne s'agissait plus ici de permettre des systèmes de vidéoprotection privée mais des systèmes de vidéoprotection publique avec visionnage des images par des agents d'opérateurs privés.

Là encore, le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à connaître d'une telle disposition.

¹⁶ Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*.

Dans sa décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, le Conseil constitutionnel a examiné les dispositions de la loi d'orientation et de programmation pour la justice aux termes desquelles « *les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées, dans des conditions définies par un décret en Conseil d'État. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre des marchés prévus au deuxième alinéa* »¹⁷. Le Conseil a jugé ces dispositions conformes à la Constitution : « *Considérant que, s'agissant des fonctions mentionnées au dernier alinéa de l'article contesté, dont sont expressément exclues les tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté, leur délégation fera l'objet d'une habilitation dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ; que le respect des exigences propres au service public pénitentiaire sera dès lors imposé au titulaire dans le cadre de cette habilitation* »¹⁸.

Le Conseil constitutionnel a réitéré cette jurisprudence dans ses décisions n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 (cons. 97) et n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 (cons. 89). Il ressort de cette jurisprudence que le Conseil constitutionnel juge inconstitutionnel que des fonctions régaliennes soient déléguées par la loi à des personnes privées. Ainsi, si la blanchisserie d'une prison peut être déléguée, il n'en va pas de même de la surveillance des prisons. C'est sur cette jurisprudence que les requérants fondaient leur argumentation.

Le Conseil a jugé que chacune des dispositions en cause conduisaient à déléguer une mission de surveillance générale de la voie publique et que, par conséquent, elles méconnaissaient l'exigence, résultant de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon laquelle la garantie des droits est assurée par une « *force publique* ».

Ce qui était en cause, dans les dispositions contestées, est le caractère public de ce pouvoir de police administrative générale. Le maire de la commune dispose d'un pouvoir de police administrative générale qu'il n'exerce certes pas en qualité d'agent de l'État mais cela ne permet pas que ce pouvoir soit délégué à des personnes privées.

Les décisions du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 12 de la Déclaration de 1789 sont rares, cet article étant rarement invoqué¹⁹. Le plus souvent, c'est avec d'autres dispositions de la Déclaration qu'il est envisagé par

¹⁷ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, article 3 modifiant l'article 2 de la loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

¹⁸ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 8.

¹⁹ Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 71.

exemple pour fonder l'objectif de bonne administration de la justice²⁰. Le Conseil n'avait pas eu l'occasion, jusqu'à la LOPPSI, d'examiner une disposition qui méconnaît frontalement une telle exigence.

E. – Article 37 : extension du régime des peines minimales

1. – La modification du régime des peines minimales

a) L'état du droit

Le nouveau code pénal a supprimé, à compter du 1^{er} mars 1994, les minima des peines et les circonstances atténuantes qui permettaient au juge de prononcer une peine inférieure. Il a fixé un régime de récidive légale de doublement du quantum des peines encourues associé à un régime de l'application des peines plus rigoureux (en interdisant notamment les sursis simples successifs). Dans la limite du plafond défini par la loi, le juge déterminait librement, dans tous les cas, les peines applicables à l'infraction.

Dans le but de renforcer la lutte contre la récidive, la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales a modifié le régime de cette dernière, d'une part, en limitant le nombre de sursis avec mise à l'épreuve successifs que la juridiction peut accorder et, d'autre part, en favorisant l'incarcération immédiate de certains condamnés en situation de récidive légale²¹.

Dans le même but, la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, dans ses articles 1^{er} et 2, a fixé des seuils de peine applicables aux crimes et à certains délits commis en état de récidive légale. Dans le prolongement de la loi de 2005, ces articles ont inséré dans le code pénal les articles 132-18-1 et 132-19-1, qui s'appliquent tant aux majeurs qu'aux mineurs. Ils ont instauré des peines minimales de privation de liberté, dites « peines planchers », applicables dès la première récidive pour l'ensemble des crimes et pour les délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement.

Ces peines en cas de récidive correspondent à environ un tiers de la peine privative de liberté encourue :

²⁰ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 4.

²¹ Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*.

– pour les crimes, la peine minimale d'emprisonnement, de réclusion ou de détention est fixée à cinq, sept, dix ou quinze ans si le crime est respectivement puni de quinze, vingt ou trente ans de réclusion ou de la détention à perpétuité ;

– pour les délits, la peine minimale d'emprisonnement est fixée à un, deux, trois ou quatre ans si le délit est respectivement puni de trois, cinq, sept ou dix ans d'emprisonnement.

La loi du 10 août 2007 a prévu, en outre, des possibilités d'adaptation de ces peines minimales de privation de liberté en fonction de l'état de récidive :

– lorsque les faits sont commis en état de récidive légale, si les circonstances de l'infraction, la personnalité de son auteur ou ses garanties d'insertion ou de réinsertion le justifient, la juridiction peut, tant pour les crimes que pour les délits, prononcer une peine privative de liberté pour une durée inférieure au seuil minimal, et, en matière de délits, une autre peine que l'emprisonnement ;

– lorsque les faits sont commis une nouvelle fois en état de récidive légale, c'est-à-dire lorsque le premier terme de la récidive correspond au second terme d'une récidive antérieure, le juge ne peut atténuer la répression pénale par rapport aux seuils fixés pour les crimes et pour certains délits particulièrement graves, que si l'auteur des faits présente « *des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* ».

Dans sa décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions conformes à la Constitution en relevant la gravité des infractions qui conditionne le respect des principes de nécessité et d'individualisation des peines :

« 10. Considérant que le régime des peines minimales, lorsque les faits ont été commis une nouvelle fois en état de récidive légale, est applicable aux crimes ainsi qu'à certains délits d'une particulière gravité ; qu'il ne s'applique aux délits d'atteintes aux biens que lorsqu'ils ont été commis avec une circonstance aggravante de violences ou qu'ils sont punis d'une peine de dix ans d'emprisonnement ; que la nouvelle récidive légale constitue en elle-même une circonstance objective de particulière gravité ;

« 11. Considérant qu'en égard à ces éléments de gravité, l'instauration de peines minimales d'emprisonnement à environ un tiers de la peine encourue, soit le sixième du quantum de la peine que la juridiction peut prononcer compte tenu de l'état de récidive légale, ne méconnaît pas le principe de nécessité des peines ; (...)

« 15. Considérant que la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure au seuil minimum ou une peine autre que l'emprisonnement que si l'auteur des faits présente des " garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion " ; que cette restriction de la possibilité d'atténuer la peine a été prévue par le législateur pour assurer la répression effective de faits particulièrement graves et lutter contre leur récurrence ;

« 16. Considérant que, même lorsque les faits ont été commis une nouvelle fois en état de récurrence légale, la juridiction, dans les limites fixées par la loi, prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ;

« 17. Considérant que le législateur n'a pas modifié le pouvoir de la juridiction d'ordonner, dans les conditions prévues par les articles 132-40 et 132-41 du code pénal, qu'il soit sursis, au moins partiellement, à l'exécution de la peine, la personne condamnée étant placée sous le régime de la mise à l'épreuve ;

« 18. Considérant enfin qu'en instaurant des peines minimales, le législateur n'a pas dérogé aux dispositions spéciales du deuxième alinéa de l'article 122-1 du code pénal qui prévoient que lorsque l'auteur de l'infraction était, au moment des faits, atteint d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ; que dès lors, même lorsque les faits ont été commis une nouvelle fois en état de récurrence légale, ces dispositions permettent à la juridiction de prononcer, si elle l'estime nécessaire, une peine autre que l'emprisonnement ou une peine inférieure à la peine minimale ;

« 19. Considérant, dès lors, que les articles 1^{er} et 2 de la loi déferée, qui sont rédigés en termes suffisamment clairs et précis, ne portent pas atteinte au principe d'individualisation des peines. »

b) Les modifications apportées

L'article 37 de la loi déferée, introduit par amendement en première lecture au Sénat, élargit le régime des peines minimales à l'encontre des auteurs de violences volontaires aggravées sans que l'application de ce régime soit motivée par le caractère aggravant de l'état de récurrence légale.

Pour ce faire, d'une part, dans son paragraphe I, il insère dans le code pénal un article 132-19-2. D'autre part, dans son paragraphe II, il modifiait, par coordination, la dernière phrase du premier alinéa de l'article 20-2 de l'ordonnance n° 45-174 du

2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, prévoyant ainsi que les peines minimales instituées au nouvel article 132-19-2 étaient applicables aux mineurs. Il aurait alors été fait application des règles particulières régissant les peines applicables aux mineurs : leur quantum aurait été diminué de moitié par rapport à celui prévu pour les majeurs.

Le champ d'application des peines minimales est étendu aux délits prévus aux articles 222-9, 222-12 et 222-13, au 3° de l'article 222-14, au 4° de l'article 222-14-1 et à l'article 222-15-1 du code pénal :

– l'article 222-9 punit de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ;

– l'article 222-12 punit les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail (ITT) pendant plus de huit jours de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises de manière aggravée à raison de la qualité de la victime²² ou de l'auteur²³ ou à raison du caractère intentionnel de l'acte, de son mode ou de son lieu de commission²⁴ ; les peines encourues sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur ; elles sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise dans deux des circonstances prévues ; elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise dans trois de ces circonstances ;

– l'article 222-13 punit les violences volontaires aggravées ayant entraîné une ITT de moins de huit jours ou une absence d'ITT : la peine encourue est de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende s'il existe une circonstance aggravante, cinq ans et 75 000 euros si deux circonstances aggravantes sont réunies et sept ans et 100 000 euros si trois circonstances aggravantes sont réunies ;

– le 3° de l'article 222-14 punit les violences volontaires sur mineur de quinze ans ou personne vulnérable de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende si l'ITT est de plus de huit jours ;

²² Mineur de quinze ans ; personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ; appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ; orientation sexuelle de la victime ; témoin, victime ou partie civile à un procès...

²³ Personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ; plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice...

²⁴ Avec préméditation ou en guet-apens ; avec usage ou menace d'une arme ; dans des établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration...

– le 4° de l'article 222-14-1 réprime les violences avec usage ou menace d'une arme commises en bande organisée ou avec guet-apens sur une personne dépositaire de l'autorité publique de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsqu'elles n'ont pas entraîné une ITT de plus de huit jours ;

– l'article 222-15-1, enfin, punit le délit d'embuscade de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende et, lorsqu'il est commis en réunion, de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Pour ces délits, l'article 37 de la loi déferée fixe la peine minimale à la moitié de celle prévue à l'article 132-19-1 du code pénal en cas de récidive légale. Ainsi, il instaure :

– une peine minimale d'emprisonnement de dix-huit mois si le délit est puni de sept ans, soit une peine minimale d'environ un cinquième du plafond ;

– une peine minimale d'emprisonnement de deux ans si le délit est puni de dix ans, soit une peine minimale d'exactly un cinquième du plafond.

Comme pour les crimes (article 132-18-1) et délits commis (article 132-19-1) en état de récidive légale, la juridiction peut, en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci, prononcer une peine inférieure à ces seuils, et, comme pour certains délits commis également en état de récidive légale, une peine autre que l'emprisonnement.

Les députés et sénateurs requérants estimaient que les dispositions du paragraphe I de l'article 37 étaient contraires aux principes de nécessité et d'individualisation des peines garantis par l'article 8 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ».

Quant à la première exigence de nécessité, ils soutenaient, en particulier, qu'« *en retenant des peines planchers égales, voire même supérieures à celles prévues pour les crimes les plus graves, le législateur a commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'échelle des peines. Si les requérants se sont opposés, et s'opposent toujours au dispositif des peines planchers pour la récidive, au moins ne pouvaient-ils faire grief au législateur de 2007 d'avoir manqué de cohérence de ce point de vue* ». Quant à la deuxième exigence d'individualisation, les requérants faisaient valoir qu'« *en l'espèce, et s'agissant de primo-délinquants, (...) la faculté offerte au juge de ne pas appliquer une*

peine plancher ne saurait, à elle seule, assurer le respect du principe d'individualisation des peines ».

Les requérants soutenaient également que les dispositions du paragraphe II de l'article 37 étaient contraires au principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) en matière de justice des mineurs, qui impose « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité* »²⁵.

2. – La conformité partielle de l'article 37

Dans sa décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, le Conseil constitutionnel n'a pas fait droit aux griefs présentés contre le paragraphe I de l'article 37 et tirés de la méconnaissance des principes de nécessité et d'individualisation des peines. Il a donc jugé ce paragraphe I conforme à la Constitution. En revanche, il a fait droit au grief présenté contre le paragraphe II de cet article et tiré de la méconnaissance des exigences constitutionnelles en matière de justice pénale des mineurs. Il a donc censuré ce paragraphe II.

a) La conformité du paragraphe I aux principes de nécessité et d'individualisation des peines

L'application du principe de nécessité des peines, selon une jurisprudence bien établie, conduit le Conseil constitutionnel à opérer un contrôle entre la nature de la sanction et la gravité de l'infraction. S'il ne lui « *appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* »²⁶, le Conseil veille, en la matière, à « *l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »²⁷. Cette jurisprudence est constante dans les décisions rendues sur le fondement de l'article 61 de la Constitution comme dans celles rendues sur le fondement de son article 61-1²⁸.

²⁵ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 précitée, cons. 26.

²⁶ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 12.

²⁷ Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, cons. 7.

²⁸ Ainsi, dans la décision n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010, *M. Thibault G. (Confiscation de véhicules)*, cons. 4, a été jugé que « *l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* ».

Dans sa décision précitée du 9 août 2007, le Conseil a rappelé ces principes. D'une part, la nécessité des peines attachées aux infractions relève du « *pouvoir général d'appréciation* » du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution. D'autre part, il n'incombe au Conseil constitutionnel que de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue.

En constatant la particulière gravité des atteintes à l'intégrité des personnes caractérisées par une ou plusieurs circonstances aggravantes, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2011-625 DC, comme il l'avait fait en 2007, a écarté le grief tiré de la méconnaissance de la nécessité des peines. Il s'est ainsi inscrit dans le prolongement de sa jurisprudence bien établie sur le principe de nécessité des peines. La Constitution confie au Parlement le pouvoir de fixer ces peines et le Conseil n'opère sur cette loi qu'un contrôle restreint.

De la même façon, comme il l'avait jugé en 2007, le Conseil a, dans sa décision du 10 mars 2011, écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de l'individualisation des peines. Le texte de la loi prévoit lui-même que, dans chaque cas, « *la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* ». Cette disposition n'a pas pour effet d'écarter le pouvoir de la juridiction d'ordonner, dans les conditions prévues par les articles 132-40 et 132-41 du code pénal, qu'il soit sursis, au moins partiellement, à l'exécution de la peine, la personne condamnée étant placée sous le régime de la mise à l'épreuve. Elle n'a pas non plus pour effet d'écarter l'application des dispositions spéciales du second alinéa de l'article 122-1 du code pénal en vertu desquelles, lorsque l'auteur de l'infraction était, au moment des faits, atteint d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime.

En conséquence, le Conseil constitutionnel a jugé le paragraphe I de l'article 37 conforme à la Constitution.

b) La non-conformité du paragraphe II au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs

On sait que, dans sa décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 précitée (cons. 26), le Conseil constitutionnel a dégagé un PFRLR relatif à la justice des mineurs. Ce principe a un double contenu : atténuation de la responsabilité

pénale et nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants.

Depuis cette décision, le Conseil a eu à faire application de ce principe à quatre reprises²⁹. Le Conseil recourt à une pluralité de critères pour examiner la constitutionnalité d'un dispositif législatif : l'âge, la gravité des faits, l'existence de garanties spécifiques entourant la mesure et sa place plus ou moins subsidiaire dans le dispositif de la justice pénale des mineurs. L'âge et la gravité constituent les deux paramètres variables principaux : moins les faits à l'origine de la poursuite sont graves ou plus l'âge ouvrant droit à la mesure en cause est bas, plus les exigences du PFRLR sont fortes. Ces exigences se déploient sur deux axes :

– l'existence d'un principe de spécialité de la justice des mineurs : le Conseil relève constamment les règles spécifiques assurant un traitement particulier des mineurs délinquants, qu'il s'agisse de conditions plus restrictives pour les mesures de contrainte (en particulier pour le quantum de la peine encourue permettant d'y recourir), des garanties assurant la protection de leur fragilité (examen médical systématique en garde à vue) et de l'intervention d'acteurs spécialisés du système judiciaire (présence d'un personnel éducatif pendant la détention provisoire³⁰). Cette spécialité couvre l'ensemble de la chaîne pénale, de l'enquête jusqu'à l'exécution de la sanction ;

– la finalité éducative de la justice pénale des mineurs : cette finalité n'a pas pour effet d'interdire que des mesures de contrainte ou des sanctions puissent être prises. Toutefois, le Conseil veille à ce que l'instauration de telles mesures de contrainte ou de telles sanctions ne conduise pas à rendre impossible la « *recherche du relèvement éducatif et moral des enfants délinquants* ».

Dans sa décision n° 2011-625 DC, le Conseil constitutionnel a jugé que la restriction au principe de l'« *atténuation de la responsabilité pénale des mineurs* » apportée par l'institution de peines minimales pour des mineurs qui n'auraient jamais été condamnés pour un crime ou un délit était telle qu'elle méconnaissait ainsi le PFRLR en matière de justice pénale des mineurs. Il a donc jugé le paragraphe II de l'article 37 de la loi déferée contraire à la Constitution. C'est la première décision de censure prononcée sur le fondement de ce PFRLR.

²⁹ Décisions n°s 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* (cons. 36 et 38) ; 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi d'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 37 à 39 ; 2007-553 DC du 3 mars 2007, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, cons. 15 à 17 ; 2007-554 DC du 9 août 2007, *loi renforçant la lutte contre les majeurs et les mineurs*, cons. 21 à 23.

³⁰ Décision n° 2002-461DC du 29 août 2002 précitée, cons. 43.

F. – Article 38 : élargissement du champ des peines incompressibles

1. – L’institution de peines incompressibles

Dans l’état du droit, les crimes d’assassinat et de meurtre aggravé sont punis par les articles 221-3 et 221-4 du code pénal de la réclusion criminelle à perpétuité.

Ces deux articles prévoient que les dispositions des deux premiers alinéas de l’article 132-23 du même code relatifs à la période de sûreté sont applicables à ces crimes. Pendant cette période, la personne condamnée ne peut bénéficier d’aucun aménagement de peine. La période de sûreté est fixée à la moitié de la peine ou, s’il s’agit d’une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, à dix-huit ans. La cour d’assises a toutefois la possibilité de porter ces durées, par décision spéciale, aux deux tiers de la peine ou, pour les peines de réclusion criminelle à perpétuité, à vingt-deux ans.

La loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, dans son article 6, a modifié les articles 221-3 et 221-4 du code pénal. Depuis lors, ces articles prévoient que, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et qu’il y a eu viol, torture ou acte de barbarie, non seulement la durée de la période de sûreté peut être portée par la cour d’assises à trente ans, mais, si la réclusion criminelle à perpétuité est prononcée, la personne condamnée ne pourra bénéficier d’aucun aménagement de peine, sauf commutation de la peine par un décret de grâce.

Dans sa décision n° 93-334 DC du 10 janvier 1994, qui a marqué un pas important dans l’unification du régime constitutionnel des peines et des modalités de leur exécution³¹, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution. Il a rappelé l’article 8 de la Déclaration de 1789, puis jugé :

« 10. Considérant que les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s’étendent au régime des mesures de sûreté qui les assortissent ; qu’en l’absence de disproportion manifeste avec l’infraction commise, il n’appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur

« 11. Considérant qu’il est loisible au législateur de fixer les modalités d’exécution de la peine et notamment de prévoir les mesures énumérées à

³¹ A contrario, décision n° 78-98 du 22 novembre 1978, Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d’exécution des peines privatives de liberté, cons. 5.

l'article 132-23 du code pénal ainsi que de déterminer des périodes de sûreté interdisant au condamné de bénéficier de ces mesures ;

« 12. Considérant que l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ;

« 13. Considérant que la disposition mise en cause prévoit que dans l'hypothèse où la cour d'assises décide que les mesures énumérées à l'article 132-23 du code pénal ne seront pas accordées au condamné, le juge de l'application des peines, après la période de sûreté de trente ans, peut déclencher la procédure pouvant conduire à mettre fin à ce régime particulier, au regard du comportement du condamné et de l'évolution de sa personnalité ; que cette disposition doit être entendue comme ouvrant au ministère public et au condamné le droit de saisir le juge de l'application des peines ; qu'une telle procédure peut être renouvelée le cas échéant ; qu'au regard de ces prescriptions, les dispositions susmentionnées ne sont pas manifestement contraires au principe de nécessité des peines, énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme. »

2. – La conformité à la Constitution de l'extension du champ des peines incompressibles

L'article 38 de la loi déferée, inséré en première lecture au Sénat par un amendement présenté par le Gouvernement, modifie de nouveau les articles 221-3 et 221-4 du code pénal pour allonger la période de sûreté applicable aux auteurs de meurtre aggravé ou d'assassinat commis à l'encontre de personnes dépositaires de l'autorité publique à l'occasion de l'exercice ou en raison de leurs fonctions, qu'il s'agisse de magistrats, de fonctionnaires de la police nationale, de militaires de la gendarmerie, de membres du personnel de l'administration pénitentiaire ou de *« toute autre personne dépositaire de l'autorité publique »*.

Dans ce cas également, la cour d'assises pourra, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 du code pénal (suspension ou fractionnement de la peine, placement extérieur, permissions de sortir, semi-liberté, libération conditionnelle) ne pourra être accordée au condamné.

Les requérants estimaient que ces dispositions ne s'appuyaient plus que sur la qualité des victimes sans référence aux circonstances dans lesquelles le crime était commis. Selon eux, elles méconnaissaient le principe de nécessité des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration de 1789.

Cet article 38 s'inscrit dans le cadre de la décision n° 93-334 DC du 10 janvier 1994 précitée. Dans ce domaine, le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle de disproportion manifeste sur la fixation par le législateur des peines encourues comme des mesures de sûreté. Pour ces dernières, il n'avait pas posé, en 1994, un critère de gravité pour l'allongement de la durée de la période de sûreté. La proportionnalité implique que la mesure nécessitée par la protection de la société, la punition du condamné mais aussi par l'amendement et la réinsertion de celui-ci soit liée à la gravité. Tel était le cas en l'espèce.

Le Conseil a relevé que les garanties qui figuraient dans l'article 6 de la loi du 1^{er} février 1994 et qui ont été codifiées à l'article 720-4 du CPP demeuraient : le tribunal de l'application des peines peut accorder l'une des mesures énumérées à l'article 132-23 si le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans ; le ministère public et le condamné ont le droit de saisir le tribunal de l'application des peines ; une telle procédure peut être renouvelée le cas échéant.

L'article 38 de la loi déferée a donc été jugé conforme à la Constitution.

G. – Article 41 : convocation du mineur par officier de police judiciaire devant le tribunal pour enfants

L'article 41 est issu d'un amendement du Gouvernement présenté au Sénat. Il insère au sein de l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante un nouvel article 8-3 visant à permettre au procureur de la République de poursuivre directement un mineur devant le tribunal pour enfants. Comme le souligne Éric Ciotti, cette disposition « *permet ainsi d'éviter la phase préalable de mise en examen par le juge des enfants en donnant au procureur de la République la possibilité de convoquer un mineur par la voie d'une convocation adressée directement par l'officier de police judiciaire* »³².

L'article 41 de la loi permet une convocation directe du mineur par officier de police judiciaire (OPJ) devant le tribunal pour enfants. Il procède par renvoi aux dispositions de l'article 390 du CPP applicable aux majeurs. Il présente quatre caractéristiques. Il est applicable :

³² Assemblée nationale, n° 2827, p. 104.

- quel que soit l'âge du mineur ;
- quelle que soit la gravité des faits pour lesquels le mineur est poursuivi ;
- que le mineur ait été ou non préalablement condamné (l'article prévoit qu'une enquête a été diligentée dans les six mois précédent, ce qui ne garantit pas que le mineur ait été déclaré coupable ni, *a fortiori*, que cette condamnation ait acquis un caractère définitif).

Enfin, la mesure ne garantit pas que le tribunal dispose d'informations récentes sur la personnalité du mineur lui permettant de rechercher le relèvement éducatif ou moral des enfants. En effet la condition posée par le premier alinéa de l'article 8-3 est que « *des investigations sur la personnalité du mineur ont été accomplies, le cas échéant à l'occasion d'une procédure engagée dans les six mois précédents ou d'une procédure ayant donné lieu à une condamnation dans les six mois précédents* ». Si la première branche de l'alternative garantit que les investigations sont récentes, il n'en va pas de même de la seconde. Le mineur peut avoir été condamné dans les six mois précédents sur la base d'informations plus anciennes.

Compte tenu de tous ces éléments, le Conseil a jugé que le PFRLR en matière de justice pénale des mineurs était méconnu et il a déclaré l'article 41 de la loi contraire à la Constitution.

H. – Article 43 : couvre-feu pour les mineurs

1. – L'institution d'un couvre-feu pour les mineurs

L'article 43 de la loi déferée, introduit par un amendement présenté par le Gouvernement devant l'Assemblée nationale en première lecture, institue, d'abord, la possibilité pour le préfet d'imposer aux mineurs un couvre-feu de portée générale (paragraphe I) et pour le tribunal pour enfants de prononcer une sanction éducative de couvre-feu individuel (paragraphe II) ; il définit, ensuite, les conséquences de la violation d'une mesure de couvre-feu, notamment pour la responsabilité pénale des parents (paragraphe III) ; il prévoit, enfin, l'information du préfet par le procureur de la République (paragraphe IV).

Le couvre-feu de portée générale, défini par le paragraphe I, permet au préfet de prendre une mesure restreignant la liberté d'aller et de venir, sans leurs parents, des mineurs de treize ans entre vingt-trois heures et six heures. La mise en œuvre de ce couvre-feu est soumise à deux conditions. D'une part, la mesure

doit être prise dans « *l'intérêt* » des mineurs. D'autre part, il faut que le fait pour ceux-ci de circuler « *les expose à un risque manifeste pour leur santé, leur sécurité, leur éducation ou leur moralité* ». Ces conditions reprennent les conditions posées par le juge administratif lorsqu'il examine la légalité d'arrêtés locaux de couvre-feu. Le Conseil d'État a ainsi jugé :

« Considérant que ni l'article 371-2 du code civil selon lequel la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant sont confiées par la loi à ses père et mère, qui ont à son égard, droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation, ni les articles 375 à 375-8 du même code selon lesquels l'autorité judiciaire peut, en cas de carence des parents, et si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger, prononcer des mesures d'assistance éducative, ni, enfin, les pouvoirs généraux que les services de police peuvent exercer en tous lieux vis-à-vis des mineurs, ne font obstacle à ce que, pour contribuer à la protection des mineurs, le maire fasse usage, en fonction de circonstances locales particulières, des pouvoirs de police générale qu'il tient des articles L. 2212-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ;

« Considérant, toutefois que la légalité de mesures restreignant à cette fin la liberté de circulation des mineurs est subordonnée à la double condition qu'elles soient justifiées par l'existence de risques particuliers dans les secteurs pour lesquels elles sont édictées et qu'elles soient adaptées par leur contenu à l'objectif de protection pris en compte. »³³

Ainsi le juge administratif sanctionne les arrêtés qui posent une mesure d'interdiction générale. Il faut que l'interdiction soit proportionnée au but poursuivi, que les conditions d'un équilibre entre l'atteinte à la liberté d'aller et de venir et la protection de l'ordre public soient réunies.

Le « couvre-feu individuel », défini par le paragraphe II, modifie l'article 15-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. Est ainsi créée une sanction éducative de couvre-feu, permettant au tribunal pour enfants jugeant un mineur de lui interdire d'aller et venir sur la voie publique entre vingt-trois heures et six heures sans être accompagné de l'un de ses parents ou du titulaire de l'autorité parentale.

Le paragraphe III tire les conséquences d'une violation des mesures édictées aux paragraphes I et II.

D'une part, lorsqu'un mineur soumis à une mesure générale ou individuelle de couvre-feu se trouve sur la voie publique, il est remis à ses parents. Si ceux-ci

³³ Conseil d'État, ordonnance du juge des référés (M. Labetoulle), 9 juillet 2001, *Préfet du Loiret*, n° 235638.

n'ont pu être contactés ou ont refusé d'accueillir l'enfant, le mineur est confié par le préfet, qui en avise le procureur, au service de l'aide sociale à l'enfance qui le recueille provisoirement. Cette mesure est aujourd'hui possible sur décision du président du conseil général. Ces dispositions s'appliquent sans préjudice de l'article L. 223-2 du code de l'action sociale et des familles qui prévoit, notamment, qu'« *en cas de danger immédiat ou de suspicion de danger immédiat concernant un mineur ayant abandonné le domicile familial, le service (de l'aide sociale à l'enfance) peut, dans le cadre des actions de prévention, pendant une durée maximale de soixante-douze heures, accueillir le mineur, sous réserve d'en informer sans délai les parents, toute autre personne exerçant l'autorité parentale ou le tuteur, ainsi que le procureur de la République* ».

D'autre part, le paragraphe III, dans son dernier alinéa, prévoit que le fait pour les parents du mineur de « *ne pas s'être assurés du respect par celui-ci* » de la mesure générale ou individuelle est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la troisième classe, soit 68 euros pour l'amende forfaitaire et 180 euros pour l'amende forfaitaire majorée³⁴.

Enfin, le paragraphe IV prévoit que le préfet reçoit du procureur de la République les informations lui permettant, quand un mineur de treize ans a été sanctionné, de saisir le président du conseil général pour la mise en œuvre du contrat de responsabilité parentale. Ce dernier, en application de l'article L. 222-4-1 du code de l'action sociale et des familles³⁵, peut être proposé aux parents ou au tuteur légal d'un enfant par le président du conseil général, de sa propre initiative ou sur saisine de certaines autorités telles que l'inspecteur d'académie, le chef d'un établissement scolaire, le préfet ou le maire en cas d'absentéisme scolaire, de trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale. L'article L. 2211-3 du code général des collectivités territoriales prévoit déjà que le maire est informé à sa demande de classements sans suite, des mesures alternatives aux poursuites ou des poursuites concernant les infractions causant un trouble à l'ordre public sur le territoire de la commune.

³⁴ Articles R. 49 et R. 49-7 du CPP.

³⁵ Modifié en dernier lieu par la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire.

2. – La conformité partielle à la Constitution du dispositif

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2011-625 DC, a tout d'abord rejeté le grief des requérants qui ne portait sur le paragraphe IV de l'article 43 de la loi déferée. Puis, il a censuré le dernier alinéa du paragraphe III. Enfin, il a validé le surplus de l'article, soit les paragraphes I et II, les deux premiers alinéas du paragraphe III et le paragraphe IV de l'article 43.

– Les requérants contestaient la procédure d'information du préfet par le procureur de la République. Selon eux, cette disposition, en prévoyant une procédure spécifique d'information du préfet relative aux mesures et jugements concernant des mineurs, méconnaissait le PFRLR en matière de justice pénale des mineurs et, en particulier, le principe de l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge.

Le Conseil constitutionnel n'a pu que constater que la disposition contestée du paragraphe IV de l'article 43, qui instituait une simple mesure d'information, n'avait ni pour objet ni pour effet de modifier le régime de responsabilité pénale des mineurs. En conséquence, il a écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge.

– En revanche, il a estimé que le dernier alinéa du paragraphe III de l'article 43 posait une sérieuse difficulté constitutionnelle au regard du principe de responsabilité personnelle en matière répressive que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler récemment dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 dite « *HADOPI 1* »³⁶, après l'avoir déjà fait dans ses décisions n°s 99-411 DC du 16 juin 1999³⁷ et 2004-496 DC du 10 juin 2004³⁸.

Dans ces décisions, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur la même norme : en vertu de l'article 9 de la Déclaration de 1789, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ; il en résulte qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; et ce n'est qu'à titre exceptionnel que de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité.

³⁶ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée, cons. 17 et 18.

³⁷ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, cons. 5 à 8.

³⁸ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 précitée, cons. 9.

Dans sa décision n° 99-411 DC, le Conseil constitutionnel a apprécié le nouvel article L. 21-2 du code de la route qui rendait le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule redevable pécuniairement de l'amende encourue pour des contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées et sur les signalisations imposant l'arrêt des véhicules, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il n'apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'était pas l'auteur véritable de l'infraction. Le Conseil avait alors reconnu valeur constitutionnelle au principe selon lequel, en matière de peines et de sanctions, nul n'est punissable que de son propre fait, jugeant qu'« *en principe, le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* ».

Dans sa décision n° 2004-496 DC, le Conseil constitutionnel, à propos de la responsabilité pénale des hébergeurs des sites internet, a estimé, dans une réserve d'interprétation, que l'engagement de cette responsabilité était subordonné au caractère manifestement illicite de l'information hébergée ou au prononcé par un juge de son retrait.

Dans sa décision n° 2009-580 DC, le Conseil constitutionnel a relevé qu'à la différence du dispositif adopté dans le code de la route en 1999, seul l'abonné pouvait être sanctionné. L'abonné à internet n'avait pas la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité en désignant l'auteur des actes de « piratage », ce qui a conduit le Conseil constitutionnel à constater que l'inversion de la charge de la preuve instituée conduisait à une présomption de culpabilité du titulaire d'accès à internet en méconnaissance des exigences précitées résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789.

Le Conseil d'État, selon une jurisprudence très proche de celle du Conseil constitutionnel, applique le principe de la responsabilité du fait personnel au prononcé de sanctions administratives et n'admet qu'à titre exceptionnel des dérogations à ce principe lorsqu'un manquement distinct peut être identifié³⁹.

Dans la LOPPSI, la question se posait ainsi : le troisième et dernier alinéa du paragraphe III de l'article 43 de la loi déferée définissait-il à l'encontre des représentants légaux du mineur une répression propre dont ils pourraient s'exonérer en montrant qu'ils ne pouvaient s'assurer du respect du couvre-feu par le mineur ?

³⁹ Conseil d'État, 4^e et 1^{ère} sous-sections, 25 novembre 1987, *Mme Odile Frappier*, n° 70073; section, 5 juillet 2000, *Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ M. Chevallier*, n° 207526.

D'une part, en matière contraventionnelle, il n'est pas exigé d'élément intentionnel : le seul constat de l'élément matériel suffit à caractériser l'infraction. D'autre part, rien dans le texte ne permettait de définir les causes exonératoires possibles au bénéfice des représentants légaux. Au total, la disposition, en permettant de punir le représentant légal à raison d'une infraction commise par le mineur, avait pour effet d'instituer, à l'encontre du premier, une présomption irréfragable de culpabilité.

Le Conseil constitutionnel a donc censuré le dernier alinéa du paragraphe III de l'article 43 de la loi déferée.

– Il a jugé conforme à la Constitution le surplus de cet article.

I. – Article 53 : répression de la revente par internet de billets

1. – Le dispositif prévu

L'article 53 insère, dans le code de commerce un article L. 443-2-1 et modifie, par coordination, son article L. 443-3.

En application du nouvel article L. 443-2-1, est puni d'une amende de 15 000 euros *« le fait, sans autorisation du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation d'une manifestation sportive, culturelle ou commerciale, d'offrir, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente, sur un réseau de communication au public en ligne, des billets d'entrée ou des titres d'accès à une telle manifestation pour en tirer un bénéfice »*. En outre, est prévue, tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales, la possibilité de prononcer des peines complémentaires⁴⁰.

Cet article est issu d'un amendement adopté, en première lecture, par le Sénat, lors de sa séance du 10 septembre 2010⁴¹. Selon l'exposé sommaire de cet amendement, il *« vise à encadrer la revente de billets sur internet, dans un souci de protection de l'ordre public, des droits des consommateurs et de l'image des organisateurs de manifestations sportives, culturelles et commerciales »*.

⁴⁰ Pour les personnes physiques, peine complémentaire de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ; pour les personnes morales, peines prévues à l'article 131-39 du code pénal (dissolution, interdiction d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, placement sous surveillance judiciaire, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, confiscation, affichage ou diffusion de la décision...).

⁴¹ Amendement n° 79 rectifié présenté par Christophe-André Frassa et Jacqueline Panis.

Étaient notamment invoqués à l'appui de cette disposition le fait que la revente de billet par internet pouvait faire échec aux mesures prises par certains clubs sportifs de regroupement cohérent des supporters et le fait que ce type de revente pouvait masquer des escroqueries, « *les revendeurs prétendant leur procurer des billets dont ils ne disposent pas ou dont ils savent qu'ils ne permettront pas l'accès à la manifestation considérée* ». Était également invoquée la mise en échec des « *politiques tarifaires mises en place par certains organisateurs afin de permettre le plus large accès de tous aux manifestations organisées* ».

Le même exposé sommaire précise que le « bénéfice » serait constaté dès lors que le prix de revente est supérieur à la somme de la valeur d'achat et des éventuels frais de réservation et de port.

En résumé, comme le Gouvernement l'a souligné dans ses observations, le dispositif a deux objectifs précis :

- en premier lieu, « *répondre à une tendance spéculative qui se développe au détriment des titulaires de droits d'exploitation* » ;
- en second lieu, supprimer « *un moyen de faire échec aux efforts des pouvoirs publics pour prévenir les risques de troubles à l'ordre public dans le cadre de rassemblements de masse et notamment de compétitions sportives* ».

2. – La non-conformité au principe de légalité des délits et des peines

Les requérants faisaient valoir à l'encontre de cet article trois séries de grief.

Ils soutenaient, en premier lieu, que ses dispositions plaçaient dans le code de commerce des dispositions qui ne concernaient pas seulement les commerçants ou des sociétés et ne définissaient pas la notion de bénéfice. Dans ces conditions, elles auraient méconnu l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Les requérants estimaient, en deuxième lieu, que l'article 53 instituait une rupture d'égalité devant la loi entre ceux qui effectuaient une revente de billets sur un « *réseau de communication au public en ligne* » et ceux qui effectuaient la même opération par une autre moyen.

Ils estimaient, enfin, que les dispositions de l'article 53 étaient contraires au principe de nécessité des peines dans la mesure où elles portaient une atteinte

excessive à la fois au droit de propriété et à la liberté contractuelle des personnes physiques et à la liberté d'entreprendre des personnes morales.

Le Conseil constitutionnel a fait droit à ce dernier argument et censuré l'article 53, comme l'article 37, sur le fondement du principe de nécessité des peines.

Il a, en effet, relevé qu'en incluant dans le champ de la répression l'ensemble des manifestations culturelles, sportives ou commerciales d'une part et en réservant la répression à la seule revente effectuée par le moyen d'internet dans le but de faire un bénéfice d'autre part, le texte contesté avait défini « *des critères manifestement inappropriés à l'objet poursuivi* » qui était de prévenir les troubles à l'ordre public lors des grandes rencontres sportives – l'achat de billets par des *supporters* indésirables ou la mise en échec des politiques de placement dans les tribunes n'étant avérés que dans ce cadre – et de préserver les droits des organisateurs – qui pouvaient également être atteints par la revente effectuée par d'autres biais qu'internet.

L'article 53 a donc été jugé contraire à la Constitution.

J. – Article 58 : compétence des agents des services de sécurité des exploitants des transports publics ferroviaires ou guidés

1. – L'aménagement du régime des contrôles d'identité

L'article 58 de la loi déferée donne une nouvelle rédaction au second alinéa de l'article L. 2241-2 du code des transports relatif au régime de contrôle d'identité des contrevenants aux règlements relatifs à la police des transports ferroviaires ou guidés, tels que ceux de la SNCF et de la RATP.

Dans sa rédaction actuelle, le premier alinéa de l'article L. 2241-2 prévoit que « *pour l'établissement des procès-verbaux, les agents de l'exploitant mentionnés au 4° du I de l'article L. 2241-1 sont habilités selon les cas à recueillir ou à relever l'identité et l'adresse du contrevenant, dans les conditions prévues par l'article 529-4 du code de procédure pénale* ».

Quant au second alinéa que l'article 58 abroge, il dispose : « *Si le contrevenant refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, ces agents en avisent sans délai et par tout moyen un officier de police judiciaire territorialement compétent. Sur l'ordre de ce dernier, les agents visés au premier alinéa du II de l'article 529-4 du code de procédure pénale peuvent être autorisés à retenir l'auteur de l'infraction le temps strictement nécessaire à*

l'arrivée de l'officier de police judiciaire ou, le cas échéant, à le conduire sur-le-champ devant lui. »

Ce second alinéa est remplacé par les trois suivants : *« Si le contrevenant refuse ou se déclare dans l'impossibilité de justifier de son identité, les agents mentionnés au premier alinéa du II de l'article 529-4 du code de procédure pénale en avisent sans délai et par tout moyen un officier de police judiciaire territorialement compétent.*

« Pendant le temps nécessaire à l'information et à la décision de l'officier de police judiciaire, le contrevenant est tenu de demeurer à la disposition d'un agent visé au même premier alinéa.

« Sur l'ordre de l'officier de police judiciaire, les agents peuvent conduire l'auteur de l'infraction devant lui ou bien le retenir le temps nécessaire à son arrivée ou à celle d'un agent de police judiciaire agissant sous son contrôle. »

Le rapprochement de ces dispositions montre que les différences sont réduites :

– Les agents assermentés pourront toujours conduire un contrevenant qui refuse ou se déclare dans l'impossibilité de justifier de son identité auprès d'un officier de police judiciaire ou le retenir pendant le temps nécessaire à l'arrivée d'un tel officier, lorsque celui qui aura été avisé sans délai en aura préalablement donné l'ordre.

– L'article 58 supprime l'adverbe *« strictement »* qui caractérisait le caractère nécessaire de la retenue du contrevenant dans l'attente de l'arrivée de l'officier de police judiciaire. Il ne précise plus, lorsque le contrevenant doit être conduit devant cet officier que ce doit être *« sur-le-champ »* devant lui. Il permet, en outre, que ce soit un agent de police judiciaire agissant sous le contrôle de l'officier de police judiciaire, qui vienne vérifier l'identité.

2. – La conformité à la Constitution au moyen d'une interprétation restrictive

Les auteurs des saisines faisaient grief à cet article de n'avoir pas suffisamment encadré les délais pendant lesquels le contrevenant peut être retenu par les agents de transport, le législateur est resté en deçà de sa compétence, et a ainsi privé de garanties légales les exigences constitutionnelles protectrices de la liberté individuelle et de la liberté d'aller et venir.

La disposition contestée conduisant à une privation de la liberté individuelle, fût-elle minime, le Conseil constitutionnel a fondé son contrôle sur l'article 66 de la Constitution, aux termes duquel « *nul ne peut être arbitrairement détenu. – L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

Il a tout d'abord tenu à relever que les dispositions contestées étaient relatives à des pouvoirs particuliers de police judiciaire limités aux transports publics ferroviaires ou guidés et non à des pouvoirs généraux de police judiciaire. Il n'a donc pas remis en cause les attributions confiées aux agents assermentés de l'exploitant.

Il a ensuite jugé que les exigences de l'article 66 de la Constitution impliquent que l'information, par l'agent assermenté, de l'officier de police judiciaire et la décision de ce dernier doivent intervenir « *dans le plus bref délai possible* ». Il a ainsi repris une expression déjà utilisée pour la garde à vue⁴².

Il en a conclu que l'article 58 de la loi déferée ne méconnaissait ni la liberté d'aller et venir ni l'article 66 de la Constitution.

K. – Articles 60 et 61 : interdiction de déplacement de *supporters*

1. – Le dispositif prévu

L'article 60 de la loi déferée permet au ministre de l'intérieur d'interdire le déplacement individuel ou collectif de personnes se prévalant de la qualité de *supporter* ou se comportant comme tels et dont la présence est susceptible d'occasionner des troubles graves pour l'ordre public.

Quant à l'article 61, il permet au représentant de l'État dans le département de restreindre la liberté d'aller et venir de ces mêmes personnes sur les lieux d'une manifestation sportive si leur présence est susceptible d'occasionner des troubles graves pour l'ordre public.

La décision devra énoncer « *la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait qui la motivent* » ainsi que, s'il s'agit d'un arrêté ministériel, « *les communes de point de départ et de destination auxquelles elle s'applique* » et, s'il s'agit d'un arrêté préfectoral, « *le territoire sur lequel elle s'applique* ».

⁴² Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale*, cons. 3.

S'agissant des sanctions, l'article prévoit, à titre de peines principales en cas de non-respect de l'arrêté par les personnes concernées, des peines de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. La personne condamnée pour cette infraction encourra également de plein droit, sauf décision contraire spécialement motivée de la juridiction de jugement, la peine complémentaire d'interdiction de stade définie à l'article L. 332-16 du code des sports.

2. – La conformité à la Constitution de ce dispositif

Les requérants faisaient grief aux dispositions en cause de porter atteinte à la liberté d'aller et venir et de ne pas suffisamment encadrer les pouvoirs de police administrative conférés au ministre de l'intérieur et aux préfets.

Pour déclarer conforme à la Constitution ce dispositif, susceptible de restreindre la liberté d'aller et venir de façon importante, le Conseil constitutionnel a pris en compte les atteintes portées à l'ordre public par certains individus à l'occasion de manifestations sportives (phénomène du hooliganisme) et rappelé les garanties applicables en matière de police administrative. Ces garanties sont d'autant plus nécessaires en l'espèce que le non-respect des mesures décidées constitue un délit :

– Il appartient, tout d'abord, à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge, de définir, à partir de critères objectifs et avec précision, les personnes ou catégories de personnes faisant l'objet des mesures de restriction de déplacement. Si la désignation n'est pas nominative, elle ne doit pas laisser de doute sur les personnes visées par la mesure d'interdiction de déplacement.

– Les mesures doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et ne pas porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir. Il s'agit là de l'encadrement traditionnel des mesures de police qui trouve son fondement dans la jurisprudence Benjamin du Conseil d'État⁴³ et qui a été réaffirmé par le Conseil constitutionnel⁴⁴.

– Ces mesures peuvent être contestées par les intéressés devant le juge administratif, notamment dans le cadre du référé-liberté prévu par l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte*

⁴³ Conseil d'État, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. Leb. p. 541.

⁴⁴ Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre (Gens du voyage)*, cons. 3.

grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. » La liberté d'aller et venir constitue en effet une liberté fondamentale au sens de ces dispositions⁴⁵.

Compte tenu de ces garanties, qui sont placées sous le contrôle du juge administratif mais aussi du juge judiciaire statuant au pénal, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions contestées étaient propres à assurer, entre le respect de la liberté d'aller et venir et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'était pas manifestement déséquilibrée.

L. – Article 90 : évacuation forcée des campements illicites

1. – La procédure d'évacuation forcée

Cet article, dans ses paragraphes I et II, est issu d'un amendement du Gouvernement au Sénat. Il organise une procédure permettant l'évacuation forcée des campements illicites lorsque leur installation présente de graves risques pour la salubrité, la sécurité ou la tranquillité publiques.

Il a pour objet d'étendre, en l'aménageant, la procédure applicable à l'évacuation des résidences mobiles de gens du voyage stationnés illégalement en dehors des aires d'accueil aménagés.

L'article 9 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage prévoit une procédure simplifiée d'expulsion des gens du voyage principalement lorsque la commune s'est conformée aux obligations résultant du schéma départemental d'accueil des intéressés. Elle donne la possibilité au préfet de procéder, après mise en demeure et pour les seules communes ayant satisfait à leurs obligations légales en matière d'accueil des gens du voyage, à l'évacuation forcée des résidences mobiles en cas de stationnement illicite sans passer par le juge. Elle ouvre aux personnes qui sont l'objet de la mise en demeure une voie de recours suspensif devant le tribunal administratif. L'article 9-1 étend aux communes non inscrites au schéma départemental d'accueil des gens du voyage les procédures de mise en demeure et d'évacuation forcée par décision du préfet instituées par cet article 9.

⁴⁵ Conseil d'État, ordonnance du juge des référés (Mme Aubin), 9 janvier 2001 *Deperthes*, n° 228928, Rec. Leb. p.1.

2. – La non-conformité de l'exécution d'office

Selon les requérants, les dispositions de l'article 90 de la loi déferée méconnaissent les exigences constitutionnelles liées à la dignité humaine, à la garantie des droits, à la liberté d'aller et venir, au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile et à la présomption d'innocence.

Selon le Premier ministre, le nouveau dispositif comporterait toutes les garanties relevées par la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010 sur la conformité à la Constitution des articles 9 et 9-1 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage⁴⁶.

Les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté d'aller et venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnées à cet objectif.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a distingué la mise en demeure de quitter les lieux et l'exécution d'office.

Il a, tout d'abord, estimé qu'était justifiée par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnée à cet objectif la mise en demeure de quitter les lieux adressée à des personnes occupant le terrain d'autrui de façon illicite dès lors qu'elles se sont installées en réunion en vue d'y établir des habitations et que cette installation comporte de graves risques pour la salubrité, la sécurité ou la tranquillité publiques.

En revanche, il a jugé que l'exécution d'office de l'évacuation n'était pas proportionnée à l'objectif poursuivi.

L'exécution d'office est en effet une mesure grave. Dans ces célèbres conclusions devant le Tribunal des conflits dans l'affaire *Société immobilière de Saint-Just* du 2 décembre 1902, le commissaire du gouvernement Romieu fait le point sur l'exécution forcée par la voie administrative des actes de puissance publique sur les personnes et sur les biens et montrent la gravité de cette mesure :

« L'administration qui commande, se trouvant d'ailleurs disposer de la force publique, il y aurait pour elle une tentation bien naturelle de se servir

⁴⁶ Décision n° 2010-13 QPC précitée.

directement de la force publique, qui est dans sa main, pour contraindre les citoyens à se soumettre aux ordres qu'elle a donnés ou qu'elle est chargée de faire exécuter.

« Mais on voit sans peine combien un pareil régime serait dangereux pour les libertés publiques, à quels abus il pourrait donner lieu. »

Aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit l'exécution d'office. Si le législateur peut autoriser l'administration à y procéder ce ne peut être qu'en cas de nécessité et dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution.

C'est ce qu'avait jugé le Conseil constitutionnel à propos des articles 9 et 9-1 de la loi du 5 juillet 2000. Il lui appartenait donc de vérifier s'il existait des différences entre les dispositions applicables aux gens du voyage et celles de la loi déferée.

Trois différences peuvent être relevées entre les deux procédures.

– Les dispositions de la loi de 2000 font la différence entre les communes ayant satisfait à leurs obligations légales en matière d'accueil des gens du voyage et les autres. Elles mettent ainsi en place un régime incitatif.

– La protection du droit de propriété n'est plus un des objectifs poursuivis par le législateur. Même si cela n'est pas déterminant, une des garanties relevée par le Conseil constitutionnel a disparu : c'est désormais le préfet qui peut seul engager le processus sans qu'il ait besoin d'une proposition du maire, du propriétaire ou du titulaire du droit d'usage du terrain occupé.

– Enfin, lorsque les gens du voyage font l'objet d'une évacuation forcée, ils quittent les lieux avec leur habitation. Or, en l'espèce, les dispositions contestées ont pour effet de priver d'habitation, même si elle est de fortune, des personnes défavorisées qui se retrouveront sans abri. Le Premier ministre le confirme en précisant qu'aucune obligation de relogement ou d'accueil dans un autre lieu n'est prévue. En outre, cette évacuation forcée peut être décidée dans l'urgence (quarante-huit heures minimum dit le texte), à n'importe quelle période de l'année, la trêve hivernale ne s'appliquant pas et sans considération de la situation personnelle ou familiale des personnes évacuées.

Certes, le législateur a prévu le même recours suspensif de quarante-huit heures mais celui-ci est difficilement accessible à ces personnes qui, dans la réalité, sont dans l'incapacité de saisir le tribunal administratif dans un si court délai.

Le Conseil constitutionnel a, par suite, jugé que, si la mise en demeure était justifiée par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnée à cet objectif, il n'en était pas de même de l'évacuation forcée, dans les conditions où elle était autorisée par la loi.

M. – Article 92 : participation des agents de police judiciaire adjoints, autres que les fonctionnaires des services actifs de police nationale, aux contrôles d'identité

1. – Le dispositif

Cet article avait pour objet de confier à des agents de police judiciaires adjoints, principalement des agents de police municipale, des compétences en matière de police judiciaire réservées à la police nationale ou à la gendarmerie.

Rappelons que l'article 20 du CPP dresse la liste des personnes ayant la qualité d'agents de police judiciaire (gendarmes, fonctionnaires titulaires du corps d'encadrement et d'application de la police nationale, gardiens de la paix qui ne sont pas OPJ). Ce sont tous des fonctionnaires de l'État. Ils ont pour mission :

« De seconder, dans l'exercice de leur fonctions, les officiers de police judiciaire ;

« De constater les crimes, délits ou contraventions et d'en dresser procès-verbal ;

« De recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toutes personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et complices de ces infractions ;

« Les agents de police judiciaire n'ont pas qualité pour décider des mesures de garde à vue. »

Les agents de police judiciaire peuvent donc procéder à des enquêtes sur des crimes et des délits (relever les indices, entendre des témoins et interroger des suspects). S'agissant des enquêtes préliminaires, ils peuvent faire ces enquêtes d'office, même s'ils agissent toujours *« sous le contrôle »* du procureur de la République.

L'article 21 du même code fixe la liste des personnes ayant la qualité d'agents de police judiciaire adjoints. Parmi ceux-ci figurent *« les agents de surveillance de*

Paris... les agents de police municipale... les gardes champêtres... ». Les intéressés ont pour mission :

« De seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire ;

« De rendre compte à leurs chefs hiérarchiques de tous crimes, délits ou contraventions dont ils ont connaissance ;

« De constater, en se conformant aux ordres de leurs chefs, les infractions à la loi pénale et de recueillir tous les renseignements en vue de découvrir les auteurs de ces infractions, le tout dans le cadre et dans les formes prévues par les lois organiques ou spéciales qui leur sont propres ;

« De constater par procès-verbal les contraventions aux dispositions du code de la route dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État ;

« Lorsqu'ils constatent une infraction par procès-verbal, les agents de police judiciaire adjoints peuvent recueillir les éventuelles observations du contrevenant. »

2. – La non-conformité à l'article 66 de la Constitution

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a donné raison aux requérants qui soutenaient que l'extension à l'ensemble des agents de police judiciaire adjoints de la possibilité de procéder à des contrôles d'identité n'offrait pas de garanties suffisantes contre des atteintes arbitraires à la liberté individuelle.

Il résulte en effet de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire, en particulier pour les crimes et délits qui sont punis de peines privatives de liberté. L'article 12 du CPP précise que *« la police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre »*. Le code de procédure pénale, et notamment ses articles 16 à 19-1, assure le contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les officiers de police judiciaire chargés d'exercer les pouvoirs d'enquête judiciaire et de mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires à leur réalisation.

L'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire sur la police judiciaire 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 des officiers de police judiciaire. La « chaîne de contrôle » serait par trop distendue

entre le procureur de la République et l'agent chargé de l'enquête si ce dernier n'était pas sous l'autorité directe et immédiate des officiers de police judiciaire.

Or, la disposition contestée avait pour objet de confier à des agents de police municipale la mission d'opérer des contrôles d'identité dans le cadre de l'article 78-2 du CPP à des fins de police judiciaire et non pas seulement de police administrative alors que ces agents relèvent de l'autorité du maire en tant qu'exécutif de la commune et ne sont pas à la disposition des autorités de l'État.

Certes, dans ses observations, le Premier ministre avait tenté de démontrer l'existence d'un lien direct entre le procureur de la République et les agents de police judiciaire adjoints en indiquant que les contrôles se dérouleraient en la présence effective d'un OPJ et en apportant deux précisions : la première selon laquelle l'article 92 ne saurait être lu comme autorisant la substitution des agents de police judiciaire adjoints aux OPJ ; la seconde selon laquelle, dans le cadre de la mise en œuvre de cette disposition, l'officier de police judiciaire assurant la direction des opérations ne saurait être le maire de la commune.

Mais, le Conseil constitutionnel n'a pas repris à son compte ces indications complétant la loi et a jugé qu'en confiant à des agents de police municipale, qui relèvent des autorités communales et ne sont pas mis de façon effective à la disposition des officiers de police judiciaire, le pouvoir d'opérer des contrôles d'identité dans le cadre de l'article 78-2 du CPP à des fins de police judiciaire, l'article 92 méconnaissait l'article 66 de la Constitution.

N. – Article 101 : Règles applicables aux audiences de prolongation de la rétention administrative

1. – L'institution de salles d'audience « au sein » des centres de rétention administrative

L'article 101 modifiait l'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) pour permettre que les audiences de prolongation de la rétention administrative puissent avoir lieu au sein même des centres de rétention administrative (CRA). À cet effet, étaient ajoutés les mots « *en son sein* » à la dernière phrase de l'article L. 552-1 du CESEDA qui dispose :

« Quand un délai de quarante-huit heures s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention. Il statue par ordonnance au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention »

de l'étranger, sauf exception prévue par voie réglementaire, après audition du représentant de l'administration, si celui-ci, dûment convoqué, est présent, et de l'intéressé ou de son conseil, s'il en a un. L'étranger peut demander au juge des libertés et de la détention qu'il lui soit désigné un conseil d'office. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention ou en son sein, il statue dans cette salle. »

La version initiale de cette disposition avait été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans cette décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 sous les considérations suivantes : « *Considérant qu'il résulte des travaux parlementaires qu'en autorisant le recours à des salles d'audience spécialement aménagées à proximité immédiate des lieux de rétention ou à des moyens de télécommunication audiovisuelle, le législateur a entendu limiter des transferts contraires à la dignité des étrangers concernés, comme à une bonne administration de la justice ; que, par elle-même, la tenue d'une audience dans une salle à proximité immédiate d'un lieu de rétention n'est contraire à aucun principe constitutionnel ; qu'en l'espèce, le législateur a expressément prévu que ladite salle devra être " spécialement aménagée " pour assurer la clarté, la sécurité et la sincérité des débats et permettre au juge de " statuer publiquement " . »*

La déclaration de conformité retenait trois critères : la proximité immédiate de la salle d'audience, son aménagement spécial et la nécessité de pouvoir statuer publiquement.

Se fondant sur cette décision, la première chambre civile de la Cour de cassation par trois arrêts du 16 avril 2008⁴⁷, a ensuite cassé des ordonnances de premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence au visa suivant : « *Vu l'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003. »* Selon elle, l'article L. 552-1 du CESEDA, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, ne permettait pas qu'une salle d'audience soit construite au sein d'un CRA. Elle a précisé ultérieurement dans son rapport de 2009 « *que la notion de proximité impliquait celle d'extériorité et que le débat judiciaire ne pouvait se concevoir qu'en dehors du local administratif dans lequel les étrangers étaient retenus* ».

C'est cette jurisprudence que l'article 101 avait pour objet de contrer.

⁴⁷ Arrêts n°s 06-20390, 06-20391 et 06-20978.

2. – La déclaration d'inconstitutionnalité

Selon les requérants, ces dispositions méconnaissaient les règles du procès équitable et les exigences de publicité des débats.

Le Premier ministre, dans ses observations en défense a tenté de minimiser leur portée : « *Il s'agit simplement de permettre l'utilisation de salles spécialement aménagées, à l'intérieur du périmètre des CRA mais dans un bâtiment distinct. L'accès des juges, des avocats, des familles et du public demeurerait soumis à un cheminement distinct n'imposant pas de pénétrer dans les locaux de rétention eux-mêmes.* »

Mais le Conseil constitutionnel n'a pas retenu cette interprétation restrictive. Il s'est borné à opérer un contrôle d'adéquation en constatant que la disposition contestée, qui avait vocation à s'appliquer à l'intérieur d'un centre de rétention fermé au public, était entachée d'une contradiction interne et a jugé que le législateur avait adopté une mesure qui était manifestement inappropriée à la nécessité, qu'il avait rappelée, de « *statuer publiquement* ».

II. – Les autres dispositions

Le Conseil constitutionnel a soulevé d'office, pour les censurer, l'article 32, le paragraphe III de l'article 90, l'article 91 et le paragraphe II de l'article 123.

A. – Article 10 : fonds de soutien à la police scientifique et technique

L'article 10 créait un fonds de soutien à la police scientifique et technique. Il avait été introduit par un amendement au Sénat⁴⁸. Il était destiné à contribuer à financer les opérations liées à l'alimentation et à l'utilisation du fichier automatisé des empreintes digitales et du Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG). Il avait vocation à être alimenté « *par un versement dont le montant est déterminé par convention en fonction de la valeur des biens restitués à l'assureur ayant indemnisé le vol desdits biens* ». Le fonds devait être abondé en fonction de la valeur des biens restitués à l'assureur

Au regard de la loi organique relative aux lois de finance (LOLF)⁴⁹, un tel fonds permettant l'affectation de ressources au sein du budget de l'Etat s'analyse comme un fonds de concours soumis à l'article 17 de la loi organique. Celui-ci prévoit notamment que « *l'emploi des fonds doit être conforme à l'intention de la partie versante* ». Dans sa décision du 25 juin 2001 sur la LOLF, le Conseil

⁴⁸ Jean-Patrick Courtois, rapport précité, p. 58.

⁴⁹ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

constitutionnel a rappelé, par une réserve, l'exigence du respect de l'intention de la partie versante même en cas d'ajustement du montant des crédits par une loi de finances rectificative : « *Les dispositions de l'article 17 ne sauraient avoir pour conséquence de faire obstacle à un emploi des fonds conforme à l'intention de la partie versante.* »⁵⁰ Il en résulte que si un fonds de concours était mis en œuvre au soutien d'une mission de police, la personne privée qui verse au fonds de concours à un droit sur les conditions d'accomplissement de la mission et les buts poursuivis. Toutefois, il serait contraire aux articles 12 et 13 de la Déclaration de 1789 que les modalités de l'exercice des missions de police judiciaire puissent être soumises à la volonté de personnes privées.

Le Conseil a donc soulevé d'office, pour le déclarer contraire aux articles 12 et 13 de la Déclaration de 1789, l'instauration par l'article 10 d'un fonds de concours au soutien d'une mission de police. Il ne peut y avoir de privatisation de la force publique en générale et, en l'espèce, des missions de police judiciaire.

B. – Article 14 : logiciels de rapprochement judiciaire

L'article 14 crée une nouvelle catégorie de traitements de données à caractère personnel à des fins de police judiciaire : les traitements mis en œuvre par les logiciels de rapprochement judiciaire.

L'article 14 insère dans le CPP des articles 230-20 à 230-27 relatifs à ces logiciels de rapprochement judiciaire. Il s'agit de permettre d'exploiter et de rapprocher les données provenant de tous types d'enquête quelle que soit la gravité des faits en cause. Bien que la rédaction des articles du CPP soit elliptique sur ce sujet, à travers la mise en œuvre de ces logiciels, c'est la constitution de nouvelles bases de données qui est projetée.

Éric Ciotti, rapporteur à l'Assemblée nationale, les définit ainsi : « *Une nouvelle catégorie de traitement est ainsi créée, se distinguant des fichiers d'analyse sérielle par un seuil infractionnel bas et un périmètre de collecte de données large.* »⁵¹

Actuellement il n'existe pas de fondement légal à de tels fichiers. Ceux-ci existent pourtant et se sont développés comme le précise le même rapport : « *La préfecture de police de Paris expérimente une application dénommée "CORAIL" (cellule opérationnelle de rapprochement et d'analyse des infractions). CORAIL est alimenté par les télégrammes en provenance de toute*

⁵⁰ Décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances (LOLF)*, cons. 47.

⁵¹ Assemblée nationale, rapport n° 2271, p. 154.

la région. S'il apparaîût que plusieurs faits sont susceptibles de présenter un intérêt pour établir par la suite un rapprochement avec d'autres affaires, une "fiche affaire" est créée à laquelle seront ensuite ajoutés éventuellement les télégrammes qui lui semblent liés, ainsi que des éléments utiles à l'enquêteur (dépêches de presse...) (...). De même, la préfecture de police expérimente le logiciel d'uniformisation des procédures d'identification (LUPIN). Ce traitement a pour objectif l'utilisation des traces et informations relevées par la police technique et scientifique en vue d'effectuer des rapprochements entre affaires et un descriptif très détaillé des modes opératoires. »⁵²

Ainsi, en premier lieu, ces fichiers auxquels l'article 14 entend donner une base légale existent déjà. En deuxième lieu, leur objet est extrêmement proche de celui des fichiers d'analyse sérielle. En ce sens, le rapprochement des termes des articles 230-13 et 230-21 du CPP est sans ambiguïté. Dans les deux cas, il s'agit de rassembler des preuves d'infraction et d'identifier leurs auteurs. Mais, comme le relève Jean-Patrick Courtois, rapporteur au Sénat : « *Ces outils ne peuvent entrer dans la catégorie des fichiers d'analyse sérielle, compte tenu des conditions posées par l'article 21-1 de la loi du 18 mars 2003, en particulier au regard des quantums de peines fixés par ce texte.* »⁵³

Ces dispositions posent une question de principe alors qu'elles visent à stocker des données personnelles relatives à des infractions d'une faible gravité. Comme le souligne Jean-Patrick Courtois, il s'agit de lutter contre « *la petite et moyenne délinquance sérielle* »⁵⁴. Or, en matière de fichiers de police, la jurisprudence du Conseil constitutionnel retient la gravité de l'infraction comme un élément déterminant dans l'appréciation de la proportionnalité entre la protection de l'ordre public et les atteintes à la vie privée⁵⁵ ; le Conseil veille en outre à l'absence de « *caractère excessif* » de l'extension d'un traitement de données à caractère personnel⁵⁶.

Le Conseil a donc relevé que les nouveaux traitements de données à caractère personnel indirectement autorisés par les nouveaux logiciels de rapprochement judiciaire ne seraient pas limités par une exigence de gravité des infractions sur lesquelles des données personnelles sont recueillies. Il a estimé, en conséquence, qu'il appartenait au législateur d'adopter les garanties de nature à « *assurer la conciliation entre les objectifs et principes constitutionnels précités en tenant compte de la généralité de l'application de ces logiciels* » (cons. 68).

⁵² *Ibid.*

⁵³ Jean-Patrick Courtois, rapport précité, p. 66.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 87.

⁵⁶ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 précitée, cons. 32.

Dans le cadre de ce contrôle, le Conseil a formulé une double réserve d'interprétation sur les conditions de mise en œuvre de ces traitements et a prononcé une censure relative à la durée de conservation des données.

– S'agissant des traitements, les dispositions en cause présentaient une ambiguïté en ce qu'elles se prêtent à deux interprétations : soit il s'agissait de permettre le recours à ces logiciels par des services déterminés de police judiciaire conduisant à travailler sur une série de faits et, partant, de données collectées dans le cadre d'une enquête déterminée, soit il s'agissait de permettre à tous les services de police judiciaire de mettre en commun leurs informations exploitées par des logiciels de rapprochement. Le Conseil a exclu cette seconde interprétation qui conduirait à des traitements de données à caractère personnel dont le champ serait manifestement excessif.

Il a donc jugé, en premier lieu, que la mise en œuvre des logiciels de rapprochement judiciaire n'avait pas pour effet de créer un traitement général des données recueillies à l'occasion des procédures et des enquêtes judiciaires. Il ne saurait être question de faire « travailler » des logiciels de rapprochement sur un grand fichier global de toutes les informations en provenance de tous les services d'enquête.

– En deuxième lieu, le Conseil a veillé à ce que la mise en œuvre de ces traitements de police judiciaire soit effectivement placée sous le contrôle et la direction de l'autorité judiciaire en exigeant qu'elle soit autorisée par le procureur de la République ou la juridiction d'instruction compétente.

- S'agissant de la durée de conservation, le Conseil a examiné les dispositions de l'article 230-20 du CPP qui prévoient que les données personnelles sont effacées à la clôture de l'enquête et « *en tout état de cause, à l'expiration d'un délai de trois ans après le dernier acte d'enregistrement* ». La possibilité que tout nouvel acte d'enregistrement dans le traitement ne permette de reporter indéfiniment le point de départ du délai de trois ans, à l'issue duquel les données doivent être effacées, est apparu excessif. Le Conseil a donc jugé que les traitements de données à caractère personnel ne pourraient conserver des données plus de trois ans. Il a donc déclaré contraire à la Constitution les mots « *après le dernier acte d'enregistrement* ».

C. – Article 32 : régime administratif des activités d'intelligence économique

1. – L'institution d'un régime d'autorisation et d'agrément

L'article 32 de la loi déferée, qui rétablissait, dans la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité, un titre III composé des articles 33-12 à 33-16, avait pour but d'encadrer les « *activités privées d'intelligence économique* », sur le modèle de ce que cette loi prévoit pour les activités privées de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds et de protection physique des personnes.

L'article 33-12 tendait à définir le champ d'application du régime applicable aux activités d'intelligence économique, activités « *consistant dans la recherche et le traitement d'informations sur l'environnement économique, social, commercial, industriel ou financier d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales destinées soit à leur permettre de se protéger des risques pouvant menacer leur activité économique, leur patrimoine, leurs actifs immatériels ou leur réputation, soit à favoriser leur activité en influant sur l'évolution des affaires ou les décisions de personnes publiques ou privées* ».

Dès lors qu'une personne souhaite assurer la direction d'une entreprise ayant cette activité, l'article 33-13 lui imposait l'obtention d'un agrément délivré par le ministre de l'intérieur et « *l'agrément ne peut être délivré s'il résulte d'une enquête administrative, ayant le cas échéant donné lieu à consultation des traitements de données à caractère personnel gérés par les services de police et de gendarmerie nationales relevant de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'exception des fichiers d'identification, que le comportement ou les agissements du demandeur sont contraires à l'honneur, à la probité, aux bonnes mœurs ou de nature à porter atteinte à la sécurité des personnes ou des biens, à la sécurité publique ou à la sûreté de l'État et sont incompatibles avec l'exercice des fonctions susmentionnées* ».

Dès lors qu'une entreprise souhaitait exercer ce type d'activité, elle devait obtenir, sur le fondement de l'article 33-14, une autorisation délivrée également par le ministre de l'intérieur. Pour obtenir cette autorisation, l'entreprise devait fournir la liste de ses salariés, recueillir l'avis d'une commission consultative nationale chargée d'apprécier la compétence professionnelle et la déontologie de la personne physique ou morale et enfin indiquer le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

L'article 33-15 fixait le principe de l'interdiction faite à différentes catégories de fonctionnaires et d'agents d'exercer cette activité durant les trois années suivant

la date à laquelle ils ont cessé leurs fonctions. Cette interdiction s'appliquait ainsi aux fonctionnaires de la police nationale, aux officiers ou sous-officiers de la gendarmerie nationale ainsi qu'aux militaires et agents travaillant dans les services de renseignement visés à l'article 6 *nonies* de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, c'est-à-dire les services spécialisés placés sous l'autorité des ministres chargés de la sécurité intérieure, de la défense, de l'économie et du budget et dont l'activité est suivie par la délégation parlementaire au renseignement.

Enfin, l'article 33-16 réprimait les infractions aux règles précitées de peines d'amende et d'emprisonnement ainsi que de peines complémentaires d'interdiction ou de fermeture :

– le fait d'exercer sans être immatriculé ou sans avoir obtenu un agrément ou encore sans y avoir été autorisé était puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ;

– le fait de ne pas transmettre la liste des salariés était puni de six mois d'emprisonnement et de 15 000 euros ;

– en outre, les personnes physiques déclarées coupables encouraient, à titre de peine complémentaire, la fermeture des établissements qu'elles dirigeaient ou géraient et une interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer toute activité d'intelligence économique.

2. – La non-conformité au principe de légalité des délits et des peines

a) Le principe de légalité des délits et des peines

Le Conseil constitutionnel est exigeant en ce qui concerne ce principe de légalité des délits et des peines.

Il a dégagé une exigence générale qui s'impose au législateur « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » « *afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire* »⁵⁷.

En matière pénale, une telle exigence fondée sur les articles 7 et 8 de la Déclaration de 1789 est à la fois plus ancienne dans la jurisprudence du Conseil

⁵⁷ Décisions n°s 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, cons. 20 ; 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, cons. 13.

et plus exigeante : le principe de légalité des délits et des peines fonde ainsi une exigence particulière à la matière pénale de précision de la loi pénale destinée à exclure les formules obscures ou imprécises, sources d'arbitraire⁵⁸. Une nouvelle incrimination ne peut se fonder sur des éléments définis de manière non précise ou équivoque.

b) L'application à l'espèce

Au regard de cette jurisprudence du Conseil, l'article 32 de la loi déferée posait plusieurs difficultés :

En premier lieu, l'objectif d'intérêt général poursuivi était imprécis. L'article 33-12 indiquait que le régime institué était défini « *en vue de la sauvegarde de l'ordre public, en particulier de la sureté économique de la Nation et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique* ».

En deuxième lieu, la notion d'« *activité privée d'intelligence économique* » était définie de manière ambiguë et imprécise. Très vaste, elle consistait, comme on l'a vu, « *dans la recherche et le traitement d'informations sur l'environnement économique, social, commercial, industriel ou financier d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales, destinées soit à leur permettre de se protéger des risques pouvant menacer leur activité économique, leur patrimoine, leurs actifs immobiliers ou leur réputation, soit à favoriser leur activité en influant sur l'évolution des affaires ou les décisions de personnes publiques ou privées* ».

Cette imprécision était soulignée par la comparaison avec les termes actuels de la loi du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité. D'une part, l'article 1^{er} de la loi définit précisément ces activités :

« *Sont soumises aux dispositions du présent titre, dès lors qu'elles ne sont pas exercées par un service public administratif, les activités qui consistent :*

« 1° *À fournir des services ayant pour objet la surveillance humaine ou la surveillance par des systèmes électroniques de sécurité ou le gardiennage de biens meubles ou immeubles ainsi que la sécurité des personnes se trouvant dans ces immeubles ;*

« 2° *À transporter et à surveiller, jusqu'à leur livraison effective, des bijoux représentant une valeur d'au moins 100 000 euros, des fonds, sauf, pour les employés de La Poste ou des établissements de crédit habilités par leur*

⁵⁸ Décisions n^{os} 80-127 DC du 20 janvier 1981 précitée, cons. 7. ; 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 5.

employeur, lorsque leur montant est inférieur à 5 335 euros, ou des métaux précieux ainsi qu'à assurer le traitement des fonds transportés ;

« 3° À protéger l'intégrité physique des personnes.

« Seules peuvent être autorisées à exercer à titre professionnel, pour elles-mêmes ou pour autrui, les activités énumérées aux 1° à 3° :

« a) Les personnes physiques ou morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés ;

« b) Les personnes physiques ou morales non immatriculées au registre du commerce et des sociétés, qui sont établies dans un autre État membre de la Communauté européenne ou un autre des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen et qui exercent une ou plusieurs de ces activités. »

Face à la définition imprécise proposée par l'article 32 de la loi déferée, il n'était pas possible de faire référence à un autre texte ou à la jurisprudence, selon le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 sur la notion de « déséquilibre significatif »⁵⁹. En effet, à ce jour, seuls les codes de commerce (articles R. 711-33 et D. 711-41) et de la défense (articles L. 1131-1 et R. 1143-5) utilisent, mais sans la définir, la notion d'intelligence économique.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2011-625 DC, a donc tout d'abord rappelé qu'en vertu du principe de légalité des délits et des peines, lorsque le législateur prévoit de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables, « *il lui incombe, d'une part, d'assurer la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés au rang desquels figure la liberté d'entreprendre et, d'autre part, de respecter les exigences résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines, qui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* ».

Puis, il a jugé qu'au vu de la définition très imprécise des objectifs et de la notion d'« *activité d'intelligence économique* », une entreprise ne pouvait véritablement savoir si elle entrait ou non dans le champ « *de l'activité privée d'intelligence économique* » et si elle s'exposait aux peines définies par l'article 33-16. Il n'était pas possible de déclarer conforme à la Constitution une interdiction d'exercer une activité sans agrément ou autorisation, alors que la loi

⁵⁹ Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils (Déséquilibre significatif dans les relations commerciales)*, cons. 4.

ne permettait pas même de connaître précisément la définition de cette activité. Une définition précise de celle-ci était seule de nature à assurer le respect du principe de légalité des sanctions pénales créées pour réprimer leur exercice illégal.

Le Conseil constitutionnel a donc jugé l'article 32 de la loi déférée, dont les dispositions constituaient un ensemble inséparable, contraire à la Constitution.

D. – Article 91 : élargissement de la qualité d'agent de police judiciaire aux directeurs de police municipale

L'article 91 de la loi déférée faisait passer les directeurs de police municipale de la catégorie d'agents de police judiciaire adjoints à celle d'agents de police judiciaire.

Pour les mêmes motifs que ceux énoncés à propos de l'article 90, le Conseil constitutionnel a jugé que l'article 91, qui confère la qualité d'agent de police judiciaire aux membres du cadre d'emplois des directeurs de police municipale, qui relèvent des autorités communales, sans les mettre de façon effective à la disposition des officiers de police judiciaire, méconnaissait l'article 66 de la Constitution.

E. – Articles 90, paragraphe III, et 123, paragraphe II : expulsion des squatters et peine complémentaire d'interdiction du territoire en matière criminelle

1. – Les dispositions en cause

L'article 90 de la loi déférée comportait trois paragraphes. Les deux premiers relatifs à l'évacuation forcée des campements illicites ayant été déclarés contraires à la Constitution, restait le paragraphe III, adopté, en deuxième lecture, par la commission des Lois de l'Assemblée nationale à l'initiative d'Étienne Blanc⁶⁰. Il devait permettre, selon son auteur, « *l'expulsion immédiate du squatter* ».

Quant au paragraphe II de l'article 123, il était issu d'un amendement présenté par Jean-Paul Garraud en deuxième lecture à l'Assemblée nationale et imposait aux jurés de cours d'assises de se prononcer spécifiquement sur le droit au séjour des étrangers reconnus coupables d'un crime, dans le respect des

⁶⁰ Amendement n° CL 6.

limitations édictées par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration⁶¹. Il étendait l'exception qui existe déjà en matière de terrorisme (dernier alinéa de l'article 698-6 du CPP) ou pour l'outre-mer (article 380-14 du CPP).

2. – Le non-respect de la règle de l'« entonnoir »

En deuxième lecture ne peuvent être adoptées que des dispositions qui sont en relation directe avec des dispositions qui restaient en discussion à l'issue de la première lecture ou qui répondent à une des trois exceptions suivantes : assurer la coordination avec un autre texte en cours d'examen, réparer une erreur matérielle ou corriger une inconstitutionnalité. Il s'agit de la règle dite « de l'entonnoir ». En l'espèce, les deux paragraphes ne la respectaient pas et ont donc été déclarés contraires à la Constitution pour ce motif de procédure.

⁶¹ sauf en cas de condamnation pour atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, terrorisme, infraction en matière de groupe de combat ou de mouvement dissous ou fausse monnaie, la peine d'interdiction de territoire ne peut pas être prononcée à l'encontre :

- d'un étranger qui réside habituellement en France depuis l'âge de treize ans ;
- d'un étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de vingt ans ;
- d'un étranger marié depuis au moins quatre ans avec un ressortissant français ;
- d'un étranger qui réside régulièrement en France et qui est père ou mère d'un enfant mineur résidant en France ;
- enfin, d'un étranger bénéficiant d'un titre de séjour délivré pour raisons de santé.