

## AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET LIBERTÉS FONDAMENTALES (JUIN 2014-DÉCEMBRE 2014)

Sous la direction de Xavier Bioy, professeur à université Toulouse 1 Capitole,  
directeur de l'Institut Maurice Hauriou (\*)

À l'heure où le défenseur des droits rend son quatrième rapport et insiste sur son identité d'autorité administrative pour développer ses prérogatives, il est intéressant de dresser un nouveau panorama de l'ensemble de ces autorités pour la période du second semestre 2014. Car elles sont toutes confrontées aux droits fondamentaux, soit ceux des « non-publics de l'action publique », selon les propres mots de Jacques Toubon, soit ceux des administrés et usagers des autorités administratives indépendantes, lesquelles doivent toujours plus de transparence, de sécurité, d'égalité et, plus globalement de « juridicité ». Ce second semestre a révélé encore une fois, que leur rôle se renforce : soit que le législateur étoffe leurs compétences, soit qu'elles assurent elles-mêmes une sorte de professionnalisation de leurs pratiques, notamment en assurant une publicité efficace de leur action. Pour entrer un peu plus dans le fond des choses, cette chronique a sélectionné quelques décisions qui examinent des atteintes aux libertés fondamentales dans une période de surveillance accrue des personnes par la puissance publique.

### I. Les AAI confortées dans leur rôle de protection des libertés

Les autorités administratives indépendantes (AAI) continuent à bénéficier d'un climat favorable. Loin d'être remises en causes, la loi conforte leurs pouvoirs ou en crée de nouvelles.

#### A. Les AAI confortées par la loi

##### • Le CSA réaffirme sa compétence

Sur le terrain de sa compétence, par sa délibération n° 2014-43 du 1<sup>er</sup> octobre 2014, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a précisé les conditions d'exercice du droit aux brefs extraits au profit des services de télévision ne détenant pas les droits de diffusion (et leurs SMAD) pour les compétitions sportives et d'autres événements d'un grand intérêt pour le public. Cette compétence lui a été confiée par la loi n° 2012-158 du 1<sup>er</sup> février 2012 (1), qui a pris note de l'absence de décret venu régir concrètement la diffusion de brefs extraits, comme l'y invitait pourtant la loi du 5 mars 2009.

##### • L'ARCEP en quête d'impartialité : réforme de la procédure de sanction

En 2013, le Conseil constitutionnel s'était prononcé : la procédure de sanction de l'ARCEP, prévue à l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques, ne respectait pas le principe d'impartialité fondé sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme

et du citoyen (DDHC) (2). Le législateur délégué et le pouvoir réglementaire n'ont pas tardé à mettre la procédure de sanction de l'ARCEP en conformité avec les dispositions constitutionnelles. L'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014 (3) et le décret n° 2014-867 du 1<sup>er</sup> août 2014 (4) réforment en effet la procédure de sanction en distinguant les fonctions au sein de l'Autorité de régulation.

Alors que le rôle du directeur général était mis en cause dans la procédure de sanction, le nouveau dispositif scinde le collège de l'ARCEP en deux formations : la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction (« RDPI »), composée de quatre membres dont le président de l'autorité, et la formation restreinte composée des trois membres les plus récemment nommés du collège. La formation « RDPI » est compétente pour statuer sur les décisions en matière d'enquête et de règlement des différends ainsi que sur celles concernant l'ouverture de la procédure de sanction, la mise en demeure et la notification des griefs. La compétence pour délibérer sur la décision de sanction (ou de non-sanction) appartient quant à elle à la formation restreinte.

La nouvelle organisation permet alors de garantir une séparation fonctionnelle mieux à même d'assurer l'impartialité objective de la procédure de sanction.

La juridictionnalisation des autorités de régulation entraîne leur soumission au respect des exigences d'indépendance et d'impartialité dans leurs fonctions contentieuses (5). La censure initiale par les

(\*) Ont participé à cette chronique : R. Vaillant, Ater, M. Boul, Ater ; A. Duranthon, chargé d'enseignement ; J. Schmitz, maître de conférences ; M.-P. Lapeyre, Ater ; T. Coussens, doctorant contractuel ; H. Simonian, maître de conférences ; C. Arnaud, chargée d'enseignement ; C. Morot-Monamy, chargée d'enseignement ; M. Cottreau, Ater et S. Sydorik, doctorant contractuel.

(1) Pour l'historique de cette compétence, v. notamment, le rapport n° 544 (2010-2011) présenté au Sénat par J.-F. Humbert.

(2) Cons. const., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC, Sté Numéricable SAS et a. Il ne s'agit pas d'une solution nouvelle adoptée par les juges constitutionnels à propos des autorités de régulation même à l'occasion d'une QPC (Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-200 QPC, Banque populaire Côte d'Azur). V. D. Fallon, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, Consorts C. et a. » : RFDC 2011, n°s 2 et 86, p. 265-280.

(3) Cons. const., 12 mars 2014, n° 2014-329, relative à l'économie numérique.

(4) D., n° 2014-867, 1<sup>er</sup> août 2014, relatif à la procédure de sanction de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

(5) T. Perroud, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, préf. G. Marcou et J. McEldownay, Paris, Dalloz, 2013, Nlle bibl. des thèses, p. 702 et s.

juges constitutionnels aura eu un double avantage : la mise en conformité immédiate de la procédure de sanction avec la Constitution, et par ricochet, avec les dispositions de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH). En quête d'impartialité, la réforme de l'ARCEP s'inscrit dans un mouvement affectant les autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction.

#### • Une nouvelle AAI : le médiateur du livre

Créé par l'article 144 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation dans un contexte très tendu dans le milieu de la distribution de livres, le médiateur du livre a fait l'objet d'un décret n° 2014-936 du 19 août 2014. Le syndicat de la librairie française appelait cette création de ses vœux depuis plusieurs années.

Nommé par décret parmi les membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes ou parmi des personnalités qualifiées, à raison de leur compétence dans le secteur du livre, son mandat dure trois ans et peut être renouvelé. Par un décret du 5 septembre, Laurence Engel, conseillère-maître à la Cour des comptes, a été nommée à cette fonction.

La loi confie au médiateur du livre une mission de « conciliation préalable » pour tous les litiges relatifs au prix unique du livre. De nature précontentieuse, sa fonction a pour objet de vider une partie des litiges avant toute saisine du juge. Il peut ainsi être saisi par tout détaillant, tout éditeur, diffuseur ou distributeur, par toute organisation professionnelle ou syndicale concernée, par les prestataires techniques auxquels ces personnes recourent ou par le ministre intéressé. Il peut en outre s'autosaisir.

Pour l'exécution de sa mission, le médiateur du livre dispose d'un pouvoir d'enquête et d'audition auquel ne peut lui être opposé le secret des affaires. Il dispose alors de trois mois pour concilier les parties. En cas d'échec, le médiateur, qui adresse aux parties ses recommandations, peut saisir la juridiction des agissements qui lui paraissent contraires aux lois sur le prix unique du livre et informer le ministère public des pratiques lui paraissant constituer une infraction pénale.

Le médiateur du livre peut enfin formuler des préconisations afin de faire évoluer les dispositions normatives relevant de son champ de compétences et remet chaque année un rapport au ministre de la Culture, qui met à sa disposition les moyens matériels et humains nécessaires à sa mission.

## B. Les AAI s'affichent et se coordonnent

#### • Le contrôleur général des lieux de privation de liberté publicise ses actions

Parachevant le bilan du mandat de Jean-Marie Delarue, une opération de diffusion des prises de position de l'ancien contrôleur général des lieux de privation de liberté a été réalisée en octobre 2014, par la publication d'un recueil des 36 avis et recommandations rendus publics entre 2008 et 2014 par cette AAI.

En partenariat avec une ONG internationale, l'Association pour la prévention de la torture, ce recueil est traduit en anglais et espagnol afin d'assurer sa diffusion auprès de l'ensemble des acteurs de la protection des droits et libertés des personnes privées de liberté.

Cette publication s'inscrit dans le cadre du protocole facultatif à la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adopté par l'assemblée générale des Nations unies en 2002 qui a donné naissance aux mécanismes nationaux de prévention et qui regroupe aujourd'hui plus de 59 institutions nationales. Cette publication participe ainsi à la mise en commun des expériences et des bonnes pratiques des procédures de contrôle préventif dans les lieux de privation de liberté.

Le recueil recense à la fois les recommandations adoptées à la suite de visites menées dans des établissements pénitentiaires et tout autre lieu de privation de liberté (centre éducatif fermé, centre de rétention, locaux de garde à vue, unités pour malades difficiles), et les avis publics portant sur une population déterminée (mineurs, étrangers, personnes transsexuelles) ou une thématique particulière (surpopulation carcérale, fouilles, protection des biens et de la correspondance, usage du téléphone et de l'informatique, exercice du culte, encellulement individuel).

Au-delà de leur contexte national et local, la publication et la diffusion internationale de ces avis et recommandations leur reconnaît ainsi une portée générale, susceptible de constituer une source d'inspiration ainsi qu'une invitation à la réflexion sur les conditions de détention.

#### • La CADA et la compatibilité des avis avec les directives européennes

Dans sa séance du 30 octobre 2014, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a rendu un avis (n° 20141556) sur les modalités de calcul des redevances de réutilisation des données publiques. Elle était saisie d'une demande d'avis sur la licéité du barème de redevance institué par un établissement public, le service hydrographique et océanographique de la marine pour la réutilisation des informations publiques qu'il détient.

Cette réutilisation peut, en effet, donner lieu au versement par le réutilisateur de redevances à l'établissement public dans les conditions fixées à l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 et aux articles 38 et 48-1 du décret du 30 décembre 2005 pris pour son application, dispositions qui assurent la transposition de celles de l'article 6 de la directive n° 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public dans sa rédaction antérieure à sa modification par la directive n° 2013/37/UE du 26 juin 2013, dont l'échéance de transposition est fixée au 18 juillet 2015.

La Commission rappelle qu'aux termes de l'article 48-1 du décret du 30 décembre 2005, les redevances instituées au bénéfice de l'État ou de l'un de ses établissements publics à caractère administratif avant le 1<sup>er</sup> juillet 2011 demeurent soumises au régime en vigueur avant cette date, esquivant ainsi le problème de la non-transposition de la nouvelle directive.

La Commission déduit de ces dispositions que l'Administration, pour l'établissement des redevances, peut combiner trois types de facteurs ; une contribution aux coûts de mise à disposition, de collecte ou de production des informations qu'elle a effectivement supportés ; une rémunération des investissements afférents qu'elle a effectivement consentis, raisonnablement proportionnée à ces investissements ; et enfin, lorsque l'Administration détient sur les documents contenant les informations susceptibles d'être réutilisées des droits de propriété intellectuelle à caractère patrimonial, une rémunération de ces droits, qui doit, elle-même, rester raisonnable. La Commission interdit à l'Administration d'établir une redevance « sur des bases étrangères aux trois séries de facteurs », excluant expressément l'établissement de la redevance « en fonction de la valeur économique de cette prestation pour son bénéficiaire », possibilité que le Conseil d'État a ouvert aux établissements et institutions d'enseignement et de recherche et aux établissements, organismes ou services culturels s'agissant des redevances pour services rendus (6).

Enfin, la Commission précise, en vertu du principe de non-discrimination et de la règle d'égal traitement, que « lorsque l'Administration utilise les informations dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut facturer la réutilisation aux autres opérateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même ». Ainsi, « le coût que l'Administration s'impute à elle-même (...) doit être inclus dans l'évaluation du produit total des redevances et, puisqu'il ne correspond pas à un coût de collecte, de production ou de mise à disposition des informations, ne doit pas être pris en compte dans la détermination du plafond applicable à ce produit ».

Or si l'article 6 de la directive de 2003 ne fixe qu'une règle de plafonnement du total des recettes produites par les redevances de réutilisation, en fonction de coûts dont elle précise les modalités d'évaluation comptable et d'un « retour sur investissement raisonnable », sa nouvelle rédaction issue de la directive du 26 juin 2013 est plus restrictive. Selon l'article modifié, « lorsque la réutilisation de documents est soumise à des redevances, lesdites redevances sont limitées aux coûts marginaux de reproduction, de mise à disposition et de diffusion ». Ce principe ne s'applique pas « aux organismes du secteur public qui sont tenus de générer des recettes destinées à couvrir une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public », ainsi que « par exception, aux documents pour lesquels l'organisme du secteur public concerné est tenu de générer des recettes suffisantes pour couvrir une part substantielle des coûts afférents à leur collecte, à leur production, à leur reproduction et à leur diffusion ».

On peut douter de la compatibilité des facteurs retenus par la Commission avec la nouvelle réglementation européenne. Ainsi, la position de la CADA sera donc amenée à être modifiée lorsque la France aura transposé la directive de 2013. Or depuis l'arrêt *Perreux* (7), à l'échéance de transposition, fixée en l'espèce au 18 juillet 2015, un justifiable pourra directement invoquer les dispositions précises et inconditionnelles de cette directive.

#### • Une convention entre la CNIL et le Défenseur des droits du 15 janvier 2015

Conscients de la proximité des missions conférées par leurs statuts (8), la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et le Défenseur des droits (DDD) ont paraphé, le 15 janvier dernier, et pour une durée de trois ans renouvelable, une convention visant à développer leur partenariat dans le champ de la protection des libertés.

Cette convention vise notamment à :

— la mise en œuvre d'un « traitement coordonné des plaintes reçues par les deux institutions en matière de relations avec les services publics, de défense des droits ou de l'intérêt supérieur de l'enfant, de lutte contre les discriminations et de respect de la déontologie de la sécurité et dans le cadre du traitement des données personnelles ».

Chaque partie sera ainsi tenue d'informer son partenaire des plaintes et réclamations qu'elle aura reçu si elle considère qu'elles relèvent de son champ de compétence. Le dossier sera alors transmis à l'autorité compétente qui s'assurera du traitement de la plainte et informera l'autre partie des suites données à l'affaire.

— l'échange d'informations et l'organisation d'actions conjointes. Cela se traduira par des échanges de documents (avis, recommandations, délibérations), la mise en place de missions d'information et de réflexion, des publications mutualisées et des opérations conjointes de communication sur des problématiques communes ;

— la participation de membres de chaque autorité aux travaux de son partenaire. Des membres de la CNIL pourront participer aux différents groupes de travail et comités de réflexion mis en place par le DDD lorsque seront abordés les questions relatives aux données personnelles. Inversement, des représentants du DDD pourront participer aux travaux de la CNIL lorsque les thématiques étudiées recouperont le champ de compétences du DDD.

## II. La protection des libertés menacées par la surveillance et la discrimination

L'action des AAI fait la part belle à la vérification des conditions dans lesquelles la puissance publique surveille ses administrés, particulièrement dans un contexte de lutte accrue contre le terrorisme. De

(6) CE, ass., 16 juill. 2007, n<sup>os</sup> 293229-293254, « Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique » : *Lebon* 2007.

(7) CE, ass., 30 oct. 2009, n<sup>o</sup> 298348, M<sup>me</sup> Perreux : *Lebon* 2009.

(8) La Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante créée par la loi n<sup>o</sup> 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Le Défenseur des droits est une autorité constitutionnelle indépendante dont les missions ont été définies par la loi organique du 29 mars 2011.

manière récurrente, il faut s'arrêter aussi sur la discrimination du fait de l'origine ou de l'orientation sexuelle.

### A. Les personnes surveillées

#### • Le Défenseur des droits et les tests osseux pour la détermination de l'âge du mineur étranger isolé

Le 30 octobre 2014, le Défenseur des droits des enfants (DDE) a présenté des observations (MDE/2014-176) non suivies par la Chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel de Dijon (9) sur la détermination de l'âge des Mineurs étrangers isolés (MIE) par l'utilisation de tests osseux (10).

En l'espèce, à propos du refus d'une demande de prise en charge en raison de la majorité du jeune étranger établie par des tests osseux, le DDE rappelle que ces tests ne doivent être utilisés qu'en l'absence d'actes d'état-civil ou en cas d'invalidité de ces derniers (11). Autrement dit, ces tests ne doivent être utilisés qu'en dernier recours. Or dans cette affaire, le renversement de la présomption de régularité formelle des actes de l'état civil étrangers, posée par l'article 47 du Code civil (12) et qui incombe à l'Administration (13), avait été négligé. Le DDE dénonce une pratique apparemment courante et qui consiste à procéder aux tests osseux, sans prendre le soin de vérifier la régularité des papiers fournis. En cela, le DDE se situe dans la droite ligne de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCNDH) qui critique le recours systématique aux tests osseux même en présence d'un acte d'état civil ou d'une pièce d'identité (14), ainsi que de la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers qui rappelle la priorité à donner à la « preuve par les

papiers » (comme le faisait déjà le rapport parlementaire d'Isabelle Debré, remis le 11 mai 2010 au ministre de la Justice (15)).

Quant à l'âge résultant de ces tests, le DDE rappelle qu'en raison de la fiabilité très relative des résultats des tests osseux, admise par le corps médical lui-même (16), il convient de les confirmer par d'autres éléments (dans le même sens : MDE/2012-179 (17), MDE-DLD 2013-15 (18), MDE-2013-27, 29, 32 (19) ). Il regrette donc que les autres pièces et rapports en assistance éducative n'aient pas été pris considération. Enfin, il réaffirme que le doute devrait bénéficier au jeune conformément (MDE/2012-179, recommand. n° 3).

Mais un arrêt de la CEDH du 10 juillet 2014 (20) dévoile une situation bien pire encore que le seul recours aux tests osseux puisqu'en l'espèce, l'examen médical pour l'établissement de l'âge s'était limité à « un examen sommaire de la cavité buccale » du jeune étranger !

Nul doute que la question de l'âge des MIE ne fasse l'objet de prochaines décisions du DDE tant elle se pose régulièrement et tant elle soulève de questions (21), non évoquées dans la présente décision mais déjà abordées par le DDE à d'autres occasions, comme celles de la nécessité de l'accord de l'intéressé aux tests (22) et des conséquences attachées à un refus de s'y soumettre (23).

#### • CNCNDH, Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme

Le 25 septembre 2014, la CNCNDH a rendu un avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Cet avis présente un intérêt indéniable dans le contexte actuel, que l'on sait fragile. Il mérite, en outre, une attention particulière en ce qu'il illustre une prise en compte partielle des recommandations

[9] CA Dijon, 12 déc. 2014, [http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/ddd/jp/JP\\_CA\\_Dijon\\_20141212\\_14-01156\\_mineur\\_etrangere\\_age\\_osseux.pdf](http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/ddd/jp/JP_CA_Dijon_20141212_14-01156_mineur_etrangere_age_osseux.pdf).

[10] Il s'agit de la méthode Greulich et Pyle. Concrètement, il est procédé à une radiographie osseuse de la main et du poignet gauche complétée par un panoramique dentaire.

[11] MDE-200, 14 oct., à propos du jugement en assistance éducative prononçant la mainlevée de placement d'un MIE.

[12] C. civ., art. 47 : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. »

[13] CE, 23 juill., n° 329971 : Moundele, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000022513021&fastReqId=473709800&fastPos=1>.

[14] Avis sur la situation des mineurs étrangers isolés présents sur le territoire national, « État des lieux un an après la circulaire », 31 mai 2013, <http://www.cncndh.fr/fr/actualite/avis-sur-la-situation-des-mineurs-isoles-etrangere-presents-sur-le-territoire-national>.

[15] [http://www.justice.gouv.fr/\\_telechargement/rapport\\_mineur\\_20100510.pdf](http://www.justice.gouv.fr/_telechargement/rapport_mineur_20100510.pdf).

[16] Avis du haut conseil de la santé publique, 23 janv. 2014, cité par le DDE dans sa décision.

[17] Déc., 19 déc. 2012, recommand. n° 3.

[18] Déc., 19 avr. 2013, à propos d'une incarcération d'un mineur.

[19] Déc., 25, 26, 28 févr., dans une même affaire de placement en centre de rétention.

[20] CEDH, 10 juill. 2014, n° 52701/09, Mugenzi c/ France (affaire de regroupement familial) condamnation de la France. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145356#{"itemid":\["001-145356"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145356#{).

[21] V. le dossier « Mineurs étrangers isolés » : AJ famille 2014.

[22] Cet accord est exigé par la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation. [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/JUSF1314192C.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSF1314192C.pdf).

[23] Le Défenseur des droits a affirmé la nécessité de l'accord de l'intéressé et demandé que le juge n'en tire aucune conclusion d'un refus de se soumettre aux tests devant la CA de Grenoble qui a cependant estimé qu'un refus sans motif créait un doute sur sa bonne foi et son âge réel. MDE-2013-200, 14 oct. 2013, <http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/ddd/MDE-2013-200.pdf>, observations devant la CA de Grenoble, arrêt de la chambre des mineurs, 16 janv. 2014, n° 13/00044, [http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/jp/CA\\_Grenoble\\_20140116\\_13-00044.pdf](http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/jp/CA_Grenoble_20140116_13-00044.pdf).

formulées par la Commission, de la part du Gouvernement et de la part des assemblées. Ce constat est d'autant plus regrettable que le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi *a priori* des dispositions examinées.

En premier lieu, cet avis est porteur de messages forts quant à l'engagement de réformes pénales sur des thématiques aussi sensibles que celle du terrorisme. Tout en concédant l'existence « d'un risque réel » impliquant « une vigilance accrue de la part des pouvoirs publics » en matière de prévention et de répression des actes terroristes, la CNCDH rappelle la mesure et la réflexion nécessaires à toutes réformes législatives. Elle regrette et critique avec force que le Gouvernement ait choisi la voie de « la procédure accélérée » pour mener cette réforme à bien. La Commission estime que cette procédure ne permet pas « un fonctionnement normal du Parlement », qu'elle est de ce fait nuisible à « la qualité de la loi » (24). L'engagement de la procédure altère considérablement le travail de la Commission (25) qui ne peut dans ces circonstances « remplir sa mission consultative de gardienne des droits et libertés fondamentaux ». En cohérence sur ce point avec ses avis précédents, elle « rappelle l'importance d'une politique pénale réfléchie, cohérente, stable et lisible, dont la qualité ne se résume pas à son degré de réactivité aux faits divers ou aux circonstances du moment ».

En second lieu, et dans les circonstances particulières dans lesquelles l'avis a été rendu, la CNCDH a formulé plusieurs recommandations visant certaines dispositions du projet de loi (26). Parmi les articles les plus emblématiques, on retrouve l'infraction d'entreprise individuelle terroriste ou encore l'interdiction de sortie du territoire. L'examen des dispositions définitives permet de saisir l'influence concrète de la CNCDH sur l'élaboration et le déroulement du travail parlementaire.

S'agissant de l'interdiction de sortie du territoire, le projet de loi habilite le ministre de l'Intérieur à prendre cette mesure préventive à l'encontre de « ressortissants français » contre qui « il existe des raisons sérieuses de croire qu'il projette (...) des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité (...) ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes » (27). Ces nouvelles dispositions ne présentent, selon la Commission, aucune difficulté sur le plan des motifs exigés. Elle formule à l'inverse de très fortes réserves à l'endroit des garanties procédurales. La première concerne le fait qu'une telle décision puisse être prise sur la base d'éléments que la Commission juge

subjectifs. En effet, l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi requiert seulement l'existence d'une « croyance » (28) et non la « certitude » que les conditions exigées sont bel et bien remplies. Dans ces circonstances, la CNCDH estime que les exigences minimales requises pour garantir la liberté d'aller et venir ne sont pas remplies. La Commission formule ensuite des réserves plus globales sur « l'efficacité » d'une telle mesure à l'intérieur de l'espace *Schengen*, sachant que les déplacements y sont autorisés sans passeport ni carte d'identité français. Le texte définitivement voté par les assemblées et promulgué semble refléter une faible prise en compte des recommandations formulées par la Commission. Hormis les exigences tirées de la motivation de la décision d'interdiction, le texte définitif continue de présenter les lacunes relevées par la CNCDH. Les recommandations formulées relativement à l'exigence d'un débat contradictoire préalable à la décision d'interdiction n'ont ainsi pas été reprises. Aux termes « raisons sérieuses de croire » ont néanmoins été substitués les termes « raisons sérieuses de penser » (29), permettant de remédier (modérément) à la « subjectivité » de l'ancienne rédaction.

S'agissant de l'infraction d'entreprise individuelle terroriste, prévue à l'article 5 du projet de loi, le Gouvernement a entendu créer un nouveau délit introduit à l'article 421-2-6 du Code pénal. Cette disposition consacre « la possibilité de condamner à des peines pouvant aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement des personnes qui projettent de commettre seules un acte terroriste ». La rédaction de cette nouvelle infraction pénale pose de nombreuses difficultés. La Commission estime que la formulation retenue au stade de la première lecture à l'Assemblée nationale est problématique en ce sens qu'elle ne répond pas à l'exigence de clarté et d'intelligibilité nécessaire au respect du principe de légalité criminelle, de même qu'à ses corollaires. L'article 5 du projet de loi évoque « l'acte préparé », « la préparation » ou encore « le fait de préparé ». Ces formules laissent présager du fait qu'est consacrée « une nouvelle hypothèse d'actes préparatoires incriminés de façon autonome », hypothèse prohibée en droit français par l'article 121-5 du Code pénal. La CNCDH « retient à cet endroit une violation du principe de légalité, en raison du manque de clarté et donc de prévisibilité des conduites ainsi réprimées ». S'appuyant sur les travaux de la doctrine allemande, la Commission met en garde les pouvoirs publics contre « une résurgence inquiétante de la doctrine du « droit pénal de l'ennemi » », c'est-à-dire d'un droit pénal dominé par une finalité sécuritaire et peu enclin au respect du principe de légalité. Dans sa version finale, les nouvelles dispositions pénales reflètent à nouveau une faible influence de l'avis formulé par la Commission, malgré une mise en garde très

[24] CNCDH, Avis sur l'élaboration des lois. La Commission réitère sur ce point les recommandations formulées dans le cadre d'un avis rendu le 15 avril 2010.

[25] La Commission a été contrainte de s'autosaisir dans l'urgence alors que le projet de loi avait été délibéré en Conseil des ministres.

[26] Elles concernent les mesures relatives à « l'interdiction de sortie du territoire », « l'infraction d'entreprise individuelle terroriste », « le blocage administratif de l'accès aux sites internet incitant à commettre des actes terroristes ou en faisant l'apologie », « les dispositions relatives à la lutte contre l'apologie du terrorisme et la provocation de celui-ci », « l'extension du domaine des régimes procéduraux dérogatoires », « les dispositions relatives au régime d'interceptions de sécurité » et « la nécessité de mesures de prévention sociale.

[27] Art. 1<sup>er</sup> du projet de loi intégrant un nouvel article L. 224-1 du Code de la sécurité intérieure.

[28] L'article 1<sup>er</sup> du projet de loi dispose que l'interdiction est prononcée « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire » qu'une personne projette (...), etc.

[29] L. n° 2014-1353, 13 nov. 2014, art. 1<sup>er</sup>, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (CSI, art. L. 224-1).

claire (30). À titre illustratif, la CNCDH avait recommandé la suppression de l'action de « rechercher » parmi les éléments matériels de l'infraction, recommandation non prise en compte dans la rédaction définitive.

La faible influence des recommandations formulées par la CNCDH est profondément déplorable. Une considération accrue permettrait de préserver le texte de la censure postérieure du juge constitutionnel ou des juridictions ordinaires, respectivement garantes des droits et libertés constitutionnels et européens. Aussi, les obstacles (notamment procéduraux) relevés par la Commission et la tendance à l'accroissement de législations pénales entreprises dans l'urgence sont néfastes à plus d'un titre. Ils le sont en termes de protection des droits et libertés, mais également et peut-être plus directement en termes d'efficacité de l'action pénale.

#### • CNIL, Une norme simplifiée

Le 27 novembre 2014, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), par la délibération n° 2014-474, adopte une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail (31).

Cette norme simplifiée, publiée le 6 janvier 2015, vient alléger le travail des sociétés chargées de déclarer à la CNIL leur travail de collecte et de traitement des données personnelles. Ce type d'acte a pour objet de décharger les sociétés de formalités administratives, en rendant la déclaration particulièrement aisée, les sociétés se contentant alors de remplir une déclaration « simplifiée ». Cette déclaration correspond à un engagement de conformité à la norme en question. Les normes simplifiées visent des catégories courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés (32).

Ces normes sont nombreuses et sont prises dans des secteurs variés : assurances (norme simplifiée n° 56), santé (normes simplifiées n°s 52, 53, 54), gestion du personnel (norme simplifiée n° 51), données fiscales (norme simplifiée n° 49). La norme simplifiée du 6 janvier 2015 étend encore le champ de ces normes puisqu'elle porte sur le traitement de données à caractère personnel destiné à l'écoute et l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail.

Comme toutes les normes simplifiées, celle du 6 janvier précise la finalité des traitements de données personnelles en jeu, détermine ces mêmes données à caractère personnel, les personnes concernées, les destinataires et la durée de conservation des données :

— finalités du traitement : formation des employés, évaluation des employés et amélioration de la qualité du service ;

— données traitées : identification de l'employé et de l'évaluateur, informations techniques relatives à l'appel (date, heure et durée de l'appel), évaluation professionnelle de l'employé ;

— destinataires : personnes chargées de la formation des employés, de leur évaluation et de l'amélioration de la qualité du service ;

— conservation : la durée de conservation des données doit être pertinente au regard de la finalité justifiant leur traitement. Les enregistrements ne doivent pas être conservés au-delà de six mois à compter de leur collecte. Pour ce qui est des documents d'analyse (comptes-rendus et grilles d'analyse) établis dans le cadre d'une écoute, le délai maximum de conservation est fixé à un an.

## B. Les populations discriminées

### • Défenseur des droits, Recommandation pour abrogation de la loi

Dans sa décision MLD-MSP/2014-152 du 24 novembre 2014, le Défenseur des droits formule une recommandation à l'adresse du Premier ministre et de son Gouvernement (33). Il recommande « l'inscription dans les plus brefs délais au calendrier parlementaire d'une réforme » visant à l'abrogation de la loi du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe et à la mise en place d'un régime tenant compte des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). S'il ne va pas jusqu'à demander explicitement l'abrogation de cette loi en adressant cette recommandation au Parlement, cette décision possède malgré tout une certaine importance.

Le Défenseur souligne le fait qu'il n'est plus possible de maintenir le cadre législatif existant. « La multiplication depuis plusieurs années des rapports officiels, des propositions de loi, et des condamnations par les instances nationales et internationales » (34) est une contrainte qu'il n'est plus possible de négliger. Il rappelle que, face à l'inertie des divers pouvoirs publics, un certain nombre d'autorités nationales et internationales ont pointé du doigt les discriminations dont sont victimes les « gens du voyage ». La HALDE a adopté un rapport

(30) La Commission formule une mise en garde en ces termes : « si le nouvel article 421-2-6 du Code pénal n'était pas amendé dans le sens que la CNCDH propose, le nombre de relaxes prononcées par les tribunaux correctionnels pourrait s'avérer important, en raison du « flou de l'incrimination » qui, on l'a vu, entraînerait inévitablement un « flou dans l'administration de la preuve », § 17.

(31) Norme simplifiée n° 57 : délib. n° 2014-474, 27 nov. 2014, portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail (NS 057).

(32) L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 24, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(33) Il s'agit d'une recommandation qui s'inscrit dans le cadre de l'article 32 de la loi organique du 29 mars 2011.

(34) CEDH, 3 janv. 1969, § 111.

spécial publié au Journal officiel du 17 octobre 2009 (35) ; la CNCDH a dénoncé les atteintes aux droits civils et politiques et à la liberté d'aller et venir des « gens du voyage » (36) ; le Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination (CERD) a lui aussi demandé des observations à l'État français sur ce sujet. À cela, s'ajoutent les travaux d'une mission d'information présidée par le député Didier Quentin (37), ainsi que deux propositions de lois qui n'ont pas abouti : celle de la sénatrice Esther Benbassa (38) et celle du sénateur Pierre Hérisson (39). Il y a là un faisceau d'indices suffisant pour que le défenseur intervienne et adopte une position générale.

Le Défenseur affirme la nécessité de mettre en place des avancées significatives concernant la reconnaissance des droits des « gens du voyage » et des personnes vivant en caravane. À cet effet, cette recommandation constitue une sorte de « lettre de cadrage » et rappelle un certain nombre de principes devant prévaloir à la mise en place de la réforme qu'il souhaite voir aboutir. Il s'attache notamment à rappeler la jurisprudence *Winterstein* de la CEDH (40) dans laquelle elle affirmait que « la vulnérabilité des Roms et gens du voyage, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre ». Cela implique entre autres, pour le défenseur, de porter une attention spéciale à la diversité des structures d'accueil et d'habitat mises en place pour ces personnes.

• **CNCDH, Avis sur les violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, rendu en assemblée plénière le 26 juin 2014**

La CNCDH s'est auto-saisie du problème des violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, sujet déjà abordé par elle (41). Elle commence par définir les « LGBT-phobies » comme étant toutes les discriminations par le biais de discours ou de comportements, visant un individu ou un groupe en raison de son orientation sexuelle (autre qu'uniquement hétérosexuelle) ou en raison de son identité de genre. Ce sont ces discriminations que la CNCDH considère, et auxquelles elle tente de remédier par ses quatorze recommandations.

La Commission note d'abord la nécessité d'évaluation des LGBT-phobies afin de pouvoir quantifier et analyser cette forme de discrimination, et la faiblesse des outils de mesure existant puisque seul le rapport annuel de l'association SOS homophobie permet cette mesure. Elle recommande notamment l'attention des ministères concernés afin de garantir le financement de l'enquête « Violence et rapport de genre » menée par l'institut des études démographiques.

En outre, elle appelle à la publication des chiffres des LGBT-phobies, ainsi qu'à la réalisation d'enquêtes de victimisation. Après avoir défini et évalué quantitativement ces discriminations, la CNCDH présente des recommandations transversales afin de les prévenir, et de protéger les personnes.

La CNCDH propose d'abord une série d'actions sur le plan international, tant au niveau de l'Union européenne par l'adoption d'une directive transversale relative aux discriminations qu'au niveau international par l'action diplomatique de la France et en favorisant la reconnaissance du statut de réfugié pour les personnes pénalement poursuivies en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre.

Sur le plan interne, la CNCDH propose d'abord une série d'actions préventives. En milieu scolaire, la Commission note la nécessité de sensibiliser les élèves aux questions des violences et discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Au-delà du milieu scolaire, le milieu du travail est visé, la Commission insistant sur la nécessité du dialogue des partenaires sociaux dans la lutte contre les discriminations dans l'emploi. Le rôle particulier de l'État et des collectivités territoriales en tant qu'employeurs publics est d'ailleurs souligné.

La CNCDH propose ensuite des mesures de protection des personnes victimes des LGBT-phobies. Cette protection passe d'abord par le développement de l'accueil des victimes *via* un renforcement de la formation des personnels, mais aussi via la diffusion des trames d'audition élaborées les ministères de la Justice et de l'Intérieur afin de faciliter l'enregistrement des plaintes pour ces types de violences dans les commissariats et les gendarmeries.

La CNCDH évoque aussi le volet pénal de la protection, en se félicitant de l'augmentation du délai de prescription des propos discriminatoires de trois mois à un an, et préconise la modification de ce même délai pour les discours de haine envers les personnes transidentitaires, personnes dont la protection est particulièrement étudiée par la Commission.

Enfin, la CNCDH propose la création d'un observatoire des LGBT-phobies sur l'internet afin de prendre en compte la place centrale des réseaux sociaux dans la diffusion des propos discriminatoires.

• **Le CSA rappelle l'exigence de sauvegarde de la dignité**

Depuis la création du CSA par la loi du 17 janvier 1989, le respect de la dignité de la personne humaine borne la liberté de la communication audiovisuelle, proclamée par la loi *Léotard*. Le semestre

[35] Délib. n° 2009-316 : 14 sept. 2009, JO 17 oct. 2009.

[36] CNCDH, *Étude et propositions sur la situation des Roms et des gens du voyage en France*, Ass. plén., 7 févr. 2008.

[37] AN, 9 mars 2011, rapp. d'information n° 3212, *Sur le bilan et l'adaptation de la législation relative à l'accueil et l'habitat des gens du voyage*.

[38] Proposition de loi n° 587, visant à abroger la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, enregistrée à la présidence du Sénat le 12 juin 2012.

[39] Proposition de loi n° 728, relative au statut juridique des gens du voyage et à la sauvegarde de leur mode de vie, enregistrée à la présidence du Sénat le 31 juillet 2012.

[40] CEDH, 17 oct. 2013, n° 27013/07, *Winterstein*.

[41] CNCDH, 22 mars 2012, *Avis sur la perspective de genre - CNCDH*, 27 juin 2013, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*.

dernier a donné quelques illustrations des atteintes pouvant lui être portées.

Dans la première, le 4 juin, le CSA a décidé d'une simple mise en garde (préalable potentiel à une mise en demeure, créé par le CSA) à destination de Canal Plus pour les propos d'un chroniqueur ayant minimisé la portée d'exactions commises contre les arméniens en 1992.

La deuxième concerne une chaîne égyptienne destinée à la population irakienne, Al Rafidaïne, ayant diffusé des contenus portant atteinte à la dignité de la personne humaine. Parce qu'il diffuse la chaîne, c'est l'opérateur satellitaire français, Eutelsat, que le CSA a mis en demeure, le 12 novembre, sur saisine de son homologue britannique, l'OFCOM.

Enfin, par une décision du 19 novembre 2014, le CSA a estimé que faire « du décès éventuel d'une personne un sujet de plaisanteries collectives, porte atteinte à la dignité de la personne humaine ». De fait, les participants débattaient « dans un climat d'hilarité générale » de la vie ou de la mort supposée d'une ancienne présentatrice. L'invité avait demandé à ce que cette séquence enregistrée soit coupée au montage, mais sa demande n'a pas été respectée et le CSA a conclu qu'il y avait « absence de maîtrise de l'antenne ». Quant aux excuses de l'animateur, le CSA n'en a eu cure, considérant qu'elles étaient « tardives et présentées sur un ton décalé et distancié ».

Après les attentats de janvier 2015, cette exigence de conciliation de la liberté d'expression avec la dignité de la personne prend un relief particulier. L'équipe de droit des libertés de l'institut Maurice Hauriou est, elle aussi « Charlie ».