

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES ET LIBERTES FONDAMENTALES
(JANVIER 2015 A JUILLET 2015).*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2015) [*Autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales \(Janvier 2015 à juillet 2015\)*](#). Petites affiches (n°203). p. 5.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES ET LIBERTES FONDAMENTALES N°5 (JANVIER 2015 A JUILLET 2015)¹

Le printemps 2015 a connu une activité intense de certaines autorités indépendantes en charge des libertés de la personne. L'activité du législateur, principalement autour de la loi relative au renseignement, adoptée le 24 juin 2015, a suscité avis et prises de position de plusieurs d'entre elles notamment autour de la question de la protection de la vie privée et des pouvoirs d'une nouvelle AAI (I). Mais la conjonction ne s'arrête pas là car, ce semestre, plusieurs avis reviennent sur la lutte contre les discriminations (II) et sur la protection des personnes vulnérables (III).

I- Les AAI s'impliquent dans la protection des données personnelles dans le contexte de la lutte anti-terroriste

L'implication des autorités administratives indépendantes (AAI), dans le domaine du renseignement et de la protection de la vie privée, n'est pas nouvelle. Mais la loi sur le renseignement a été adoptée après consultation de plusieurs d'entre elles, ce qui a conduit à plusieurs réécritures. Entre colégislateurs et lanceurs d'alertes, les AAI confirment la pluralité de leurs missions. Le texte de loi entérine d'ailleurs une nouvelle AAI à laquelle on consacra des développements dans la prochaine chronique. Pour l'heure, il est intéressant de confronter les avis sur la loi émanant du Défenseur des droits, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil), de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) et du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. On y associera ensuite d'autres délibérations qui vont dans le même sens.

Avis de la CNCDH, 16 avr. 2015, projet de loi sur le renseignement (dans sa version enregistrée le 1^{er} avr. 2015 à la présidence de l'Assemblée nationale)

« Raisonner la raison d'État, afin de ne pas créer une société de soupçon permanent ». C'est en ces termes que Christine Lazergues, présidente de la CNCDH, interpellait les autorités au sujet des mesures prévues au sein du projet de loi relatif au renseignement. La Commission a relevé deux risques majeurs pour la protection des données personnelles et la sauvegarde des libertés des individus : ils concernent les techniques de recueil de renseignement intégrés au projet de loi et l'analyse et l'exploitation des renseignements recueillis.

En premier lieu, la CNCDH dénonce l'intégration de plusieurs techniques de renseignement susceptibles d'aboutir à une surveillance de masse. Elles concernent le recueil des données de connexion et la possibilité d'intercepter des correspondances émises par voie électronique. La Commission rappelle les risques d'ingérence que ces techniques présentent sous l'angle de la protection de la vie privée et du droit au respect des correspondances. Deux techniques sont particulièrement visées. La première concerne la mise en œuvre d'un dispositif algorithmique, qui prévoit la possibilité de détecter une menace terroriste sur la seule base de traitements automatisés et sans procéder à l'identification de personnes déterminées. La seconde concerne le dispositif IMSI-Catcher, dispositif de proximité offrant la possibilité pour les services de renseignement de collecter des données de connexion à partir d'un appareil ou d'un dispositif technique prévu à l'article 226-3, 1^o du Code pénal. La Commission dénonce ici l'imprécision des nouvelles dispositions, « la prévisibilité du périmètre de la loi (étant) réduite à néant »².

En second lieu, la CNCDH revient sur les techniques d'analyse et d'exploitation des renseignements intégrés au projet de loi. Ce dernier instaure une autorité administrative indépendante : la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), qui prend la suite de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS). Elle dispose de prérogatives renforcées par rapport à sa devancière. Elle pourra être consultée pour avis, hors cas d'urgence, avant toute autorisation de mise en œuvre d'une technique de renseignement ; elle pourra également adresser des recommandations et observations au Premier ministre et saisir le Conseil d'État d'un recours juridictionnel. La CNCDH met en garde contre la possible ineffectivité du contrôle exercé par cette Commission. Dans le prolongement de l'avis rendu par le Conseil d'État à ce sujet³, elle dénonce les problèmes dus à la composition de cette autorité et plaide en faveur d'un renforcement de ses

prérogatives. La Commission souhaite, entre autres, que la CNCTR dispose d'un pouvoir de recommandation liant le Premier ministre.

Avis du Défenseur des droits relatif à la loi sur le renseignement

Lors de ses auditions des 2 et 29 avril par les Commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat sur le projet de loi relatif au renseignement, le Défenseur des droits s'est montré inquiet quant au champ d'application de la loi qui menace très largement la vie privée. Rappelant le principe de proportionnalité, il a préconisé de restreindre ce champ quant aux motifs d'intérêt public justifiant la mise en œuvre de techniques de renseignement et les catégories de personnes susceptibles d'être surveillées. Le Défenseur juge la loi imprécise quant à l'articulation entre la phase préventive de recherche de renseignements et les procédures judiciaires qui en découlent. Quant aux modalités de contrôle de l'application de la loi, il s'est montré critique quant aux moyens et pouvoirs de la future CNCTR en lui donnant les moyens d'exercer un contrôle de la nécessité lors de la demande d'autorisation de surveillance, y compris en cas d'urgence. Selon le Défenseur, elle devrait pouvoir saisir le juge administratif si le Premier ministre passe outre son refus d'autorisation. Le Défenseur s'est dit favorable à ne pas limiter les informations auxquelles cette commission aura accès dans son contrôle a posteriori. En effet, il est peu probable que les individus surveillés (ou qui pensent l'être) puissent saisir la justice, ni même pouvoir accéder aux informations lui permettant de dénoncer la légalité des mesures. Il a demandé enfin, l'adoption de dispositions particulières à l'égard de professions qui doivent bénéficier d'une protection (avocats, magistrats, journalistes et parlementaires). Le texte finalement adopté et validé par le Conseil constitutionnel⁴ a fait droit à certaines de ces demandes, notamment l'accès aux algorithmes de surveillance des données anonymes et le recours au Conseil d'État contre les décisions de surveillances passant outre son avis.

Audition du Contrôleur général sur le projet de loi relatif au renseignement et avis, 11 juin 2015, relatif à la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral⁵

Auditionnée au Sénat le 28 avril 2015 sur le projet de loi relatif au renseignement, la nouvelle Contrôleure générale a exprimé son opposition à une disposition finalement retirée du

texte adopté le 24 juin 2015, qui prévoyait le rattachement de l'administration pénitentiaire à la « communauté du renseignement ». Elle a rappelé que le renseignement pénitentiaire assure déjà une mission de signalement, par des procédures transparentes et judiciairement contrôlées, tout en marquant son opposition à la possibilité pour les services pénitentiaires de recourir aux techniques du renseignement, au risque de dénaturer la mission des surveillants. En accord avec la garde des Sceaux, elle invite plutôt à améliorer la coordination entre les services pénitentiaires et les services de renseignement, jugée défectueuse.

Cette actualité l'a conduite à se prononcer sur la question de la prise en charge de la radicalisation islamiste en prison en adressant un avis au Gouvernement le 11 juin 2015. Fort du constat de l'ancienneté de ce phénomène⁶, alimenté par la surpopulation carcérale et l'insuffisance des dispositifs de réinsertion, elle affirme son opposition au dispositif de regroupement de détenus radicalisés ou en voie de l'être dans des quartiers dédiés, annoncé en urgence par le Gouvernement en janvier 2015.

Souhaitant concilier l'exigence de sécurité et le respect des droits fondamentaux des personnes détenues, elle souligne les dangers d'un tel dispositif.

Sont tout d'abord critiquées les méthodes d'identification de ces personnes, le critère de l'incrimination pénale de la condamnation pour des faits de terrorisme liés à l'islam radical étant insuffisant. Les grilles de détection doivent faire l'objet d'une évaluation pluridisciplinaire et renouvelée, et éviter toute stigmatisation.

Est également dénoncée l'absence de cadre légal de ce dispositif de regroupement carcéral sui generis qui ne peut s'apparenter ni à la détention ordinaire (mise en œuvre de contraintes particulières pour les promenades, les activités, les communications), ni à la mise à l'isolement (laquelle obéit à un cadre juridique strict en termes de procédure, de durée et de motivation du placement). À ce titre, la décision d'affectation dans un quartier dédié devrait pouvoir faire l'objet d'un recours et ne pas constituer une simple mesure d'ordre intérieur. Il est souligné que les modalités de prise en charge de ces personnes ne doivent pas porter atteinte à leurs droits fondamentaux (droits aux activités, droit à la vie familiale, à la formation et à l'enseignement).

L'insuffisance de la formation du personnel pénitentiaire pour gérer cette population est également pointée du doigt. En particulier, les programmes de déradicalisation doivent être fondés sur le volontariat, ne pas porter atteinte à la liberté de conscience et de religion, et ne pas remettre en cause les autres programmes de réinsertion. Enfin, l'avis porte une attention particulière à la situation des jeunes de retour des zones de conflits, pour lesquels l'incarcération ne peut être l'unique solution.

Cnil : Délib. n° 2015-078, 5 mars 2015, portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement

L'article 11-4 a. de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁷ dispose que la Cnil « est consultée sur tout projet de loi ou de décret relatif à la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés ». C'est à ce titre que cette autorité administrative indépendante a rendu un avis le 5 mars 2015 sur le projet de loi relatif au renseignement, avis rendu public à la demande du président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale. Ayant été saisie très en amont de la procédure législative, la Cnil s'est montrée éminemment critique vis-à-vis de ce texte, qui a depuis été modifié dans le sens des préconisations qu'elle a pu émettre.

Selon l'avis, si les objectifs de sécurité nationale et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation légitiment les atteintes au droit à la vie privée, en particulier à la protection des données personnelles, ces atteintes doivent être adéquates, proportionnées et limitées au « strict nécessaire »⁸.

En substance, la Cnil relevait, d'une part, le manque de précisions dans les définitions des différents mécanismes instaurés⁹ et, d'autre part, elle émettait des réserves quant aux durées de mises en œuvre des techniques et de conservation des données. Ainsi, qu'il s'agisse des modes de recueil des données, de la nature de ces données, de leur durée de conservation ou encore des personnes pouvant faire l'objet d'écoutes, le législateur s'est efforcé d'en resserrer les champs d'application¹⁰. En revanche, la Cnil demeure particulièrement attentive aux évolutions législatives concernant les mécanismes de contrôle du recueil des données, et surtout de leur exploitation, mécanismes qui lui semblent encore insuffisants¹¹.

Une des polémiques soulevées par le projet de loi relatif au renseignement réside dans la question du contrôle effectif du recueil de données par les autorités compétentes. Soucieux de balancer les atteintes commises par les opérations de renseignement avec davantage de garanties pour les droits et libertés, le législateur s'est attaché à créer divers moyens de contrôler la collecte et l'exploitation des données.

Sur cet aspect épineux du projet de loi, Cnil et Défenseur des droits se sont montrés très réservés. Si l'audition du Défenseur des droits des 2 et 29 avril a conduit le législateur à rendre plus effectif le contrôle des activités de renseignement, les observations de la Cnil, dans son avis du 5 mars, ont été partiellement entendues.

D'une part, la CNCTR, autorité administrative indépendante nouvellement créée, va avoir pour fonction d'intervenir en amont de la décision de surveillance, en rendant un avis consultatif sur cette même décision¹².

En aval, la CNCTR peut être saisie par toute personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard, et peut adresser une recommandation au ministre concerné. D'autre part, le Conseil d'État est compétent pour connaître des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement et peut, à ce titre, être saisi par la CNCTR ou par tout particulier qui estime être victime d'une surveillance abusive.

Il demeure que la Cnil se montre perplexe s'agissant du contrôle non pas de la collecte mais de l'exploitation des données recueillies, au regard de la protection des données personnelles. Car si les données doivent être traitées conformément aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978, certains fichiers intéressant la sûreté de l'État peuvent échapper à tout contrôle¹³. La Cnil estime être l'autorité compétente pour exercer ce type spécifique de contrôle, en collaboration avec la CNCTR ; mais cette proposition n'a pas été retenue par le législateur.

Cnil : Délib. n° 2015-119, 7 avr. 2015, relative au Fichier d'infractions terroristes

Appliquer d'anciennes solutions à de nouveaux problèmes, tel pourrait être la devise de la Cnil pour sa délibération n° 2015-119 du 7 avril 2015 portant avis sur un projet de dispositions législatives visant à créer un Fichier national des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT).

Cet avis de la Cnil, pris en application de l'article 11-4 de la loi informatique et liberté, se cantonne à interpréter, en l'absence des décrets d'application, les dispositions du projet de loi n° 2669 relatif au renseignement.

La construction de cette base de données, sur le modèle du Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAISV), permet à la Cnil d'appliquer à ce nouveau fichier les règles applicables au précédent, qu'elles proviennent d'une validation constitutionnelle¹⁴ ou conventionnelle¹⁵. Ce parallélisme entraîne des conséquences tant sur la détermination de la nature du fichier que concernant l'accès à ce dernier.

Mis en place pour prévenir la récidive, le FIJAIT est considéré comme un fichier d'adresse de personnes condamnées ou faisant l'objet d'une procédure judiciaire, pour un nombre très limité de crimes, tous rattachés au terrorisme dans sa dimension matérielle.

D'ailleurs, cet objectif a amené la Cnil à considérer, dans la droite ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce fichage comme « une mesure de sûreté », pouvant dès lors avoir un caractère rétroactif.

Cette dérogation au principe de non-rétroactivité du droit est alors justifiée par la nécessité de pouvoir ficher les personnes déjà condamnées pour acte de terrorisme, sans attendre les prochaines condamnations pour alimenter ce fichier.

Dans le cadre de cette alimentation originale, les adresses des personnes déjà condamnées pourront être obtenues dans d'autres bases de données (fichier des comptes bancaires de l'administration fiscale, fichier de police judiciaire, ou fichiers de Sécurité sociale). Cependant, comme le remarque la Cnil, ces interconnexions, autorisées dans un délai de 36 mois, « n'en constituent pas moins des traitements automatisés de données à caractère personnel (...) qui devront en conséquence être soumis à l'examen de la Commission ».

En outre, une autre connexion avec un autre fichier est problématique pour la Cnil, puisque chaque enregistrement au FIJAIT donne lieu automatiquement à un enregistrement au fichier des personnes recherchées. Ainsi, substantiellement, deux enregistrements poursuivant la même finalité sont effectués, alors même que les régimes juridiques des deux fichiers sont différents, notamment, comme le remarque la Cnil, eu égard au grand nombre de personnes habilitées à consulter le fichier des personnes recherchées.

Dans cette perspective de limiter le nombre de personnes pouvant accéder au fichier, « le caractère vague et imprécis » des personnes pouvant consulter le FIJAIT « pour des décisions administratives de recrutement, d'affectation, d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation », a amené la Cnil à demander au Gouvernement de reformuler cette disposition.

En conclusion, la structure du FIJAIT, construit autour du modèle du FIJAISV, a obligé la Cnil à substituer les différentes solutions jurisprudentielles à sa propre interprétation, dans le contrôle de la conciliation entre la protection de l'ordre public et la défense des droits fondamentaux.

Cnil : Avis sur le déréférencement par les moteurs de recherche

L'équilibre entre la protection de la vie privée et celle de la liberté d'expression était conduit à se fragiliser avec le développement du numérique. Ce sont en particulier les problématiques attachées aux données personnelles et à la e-réputation qui semblent être aujourd'hui sur le devant de la toile. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'est

saisie de cette question et a rendu en 2014, un arrêt fondamental¹⁶ dans lequel elle consacre un droit à l'oubli. Les internautes peuvent demander que des liens vers des pages web soient supprimés de la liste de résultats d'une requête à partir de leur nom. Le moteur de recherche examine la demande et y fait droit sous certaines conditions.

Google a récemment rendu public le nombre de demandes de suppression de contenus qui ont fait suite à l'arrêt de la Cour. Nous y apprenons qu'au total, il s'agit de 283 899 demandes qui ont été adressées à Google, la France se plaçant en tête avec 58 786 demandes, dont 47,7 % ont conduit à un déréférencement. Ce n'est donc pas un hasard si la Cnil s'est à son tour prononcée sur la question : elle a été saisie de plusieurs centaines de demandes de particuliers qui n'ont pas abouti devant le moteur de recherche.

C'est dans ce cadre que la Cnil a demandé à Google de procéder au déréférencement de 21 demandes qu'elle jugea fondées. Google n'ayant fait droit que partiellement aux demandes¹⁷, la Cnil mit Google en demeure¹⁸ de procéder aux déréférencements complets dans un délai de 15 jours.

Précisément, elle demande que le déréférencement porte sur l'ensemble du traitement du moteur de recherche, c'est-à-dire sur toutes ses extensions (.fr ;.uk ;.com, etc.).

Si Google ne se soumet pas à cette mise en demeure, la Cnil sera amenée à établir un rapport pouvant conduire à une sanction à l'égard de la société.

II- Nouveaux développements dans la lutte contre les discriminations

À la croisée des politiques d'intégration et de protection des minorités, plusieurs avis convergent pour permettre d'agir aux personnes qui se sentent discriminées en raison de leur appartenance réelle ou supposée à un groupe.

Observations du Défenseur des droits relatif aux contrôles d'identité « au faciès »

Le 3 février 2015, le Défenseur des droits (DDD) a présenté des observations devant la cour d'appel de Paris (MSP-MDS-MLD-2015-021) dans une affaire qui a fait grand bruit, car elle a abouti à la condamnation de l'État pour contrôle d'identité discriminatoire. Treize actions en responsabilité avaient été engagées sur ce fondement pour la première fois en 2013. Les

demandeurs avaient tous été déboutés par le tribunal de grande instance de Paris au double motif, d'une part, de l'incompétence du juge judiciaire pour « se prononcer sur la responsabilité de l'État du fait de l'adoption d'une loi dont les dispositions feraient l'objet de discussions » et, d'autre part, de l'inapplicabilité du régime de partage de la preuve issu de la directive européenne « race et origine ethnique » devant une juridiction civile¹⁹.

Dans ses observations, le DDD a d'abord souligné combien le contrôle au faciès était une pratique connue et déjà dénoncée. Il a ainsi rappelé qu'il avait déjà fait le point en 2012²⁰ sur la position de la Commission nationale de déontologie et de sécurité qui regrettait l'impossibilité de connaître la manière dont étaient sélectionnées les personnes contrôlées et de retrouver la trace des auteurs du contrôle²¹ et sur celle de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) qui rendait compte d'études révélant une pratique de sur-contrôle d'une population définie par des signes extérieurs (âge, sexe, habillement, origine)²², rejointe sur ce point par des instances européennes²³. Le DDD rappelle ensuite les normes françaises et européennes relatives à la lutte contre les discriminations ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)²⁴ et des décisions du Comité des droits de l'Homme, du Comité pour l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, d'où il ressort que le contrôle d'identité au faciès constitue une mesure discriminatoire violant les droits fondamentaux de la personne et que les États ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour la combattre par un encadrement suffisant et des garanties contre les risques d'abus et d'arbitraire. Se rapportant enfin à ses travaux, le DDD explique que les contrôles d'identité posant problème sont ceux qui reposent non sur des critères objectifs (comportement) mais subjectifs (relevant de « l'instinct policier »), non formalisés et parfois même ignorés précisément par l'auteur du contrôle. Face à cette situation, pour garantir une voie de recours effective contre une mesure portant atteinte au principe d'égalité de traitement, il dégage deux priorités.

D'abord, la traçabilité des contrôles. Le DDD souligne en effet que, contrairement aux exigences du Conseil constitutionnel en la matière, la plupart des contrôles d'identité échappe à tout contrôle, tant a priori de la part du Parquet²⁵ qu'a posteriori de la part des juridictions²⁶. L'absence de motivation et de procédure écrite, à l'exception des cas où les contrôles donnent lieu à une garde à vue ou une vérification d'identité, rend l'accès au juge illusoire. Instaurer leur traçabilité²⁷ dans tous les cas, imposer la communication de leur base légale et de leurs motifs seraient des mesures seules à même d'assurer un accès sans entrave au contrôle juridictionnel et une contestation effective de la légalité du contrôle d'identité et de la dénonciation de son caractère discriminatoire. Faute de cette traçabilité, faciliter la preuve de la discrimination

s'avère indispensable. Ainsi, s'opposant au tribunal de grande instance, le DDD affirme l'applicabilité devant une juridiction civile²⁸ de l'article 4 de la loi du 27 mai 2008²⁹ qui prévoit que la charge de la preuve de la non-discrimination incombe aux services mis en cause dès lors que sont présentés des faits qui laissent présumer l'existence d'une discrimination. Et il prend soin de conforter son interprétation en faisant état de la jurisprudence de la CEDH en matière de preuve de la discrimination³⁰, notant que celle-ci admet de surcroît la production de statistiques pour appuyer l'existence d'une différence de traitement entre deux groupes de personnes placées dans une situation similaire.

Il termine ses observations en invitant la juridiction à s'interroger sur la manière d'interpréter les textes en vigueur pour offrir au justiciable des garanties suffisantes de contrôle juridictionnel et à se demander si l'article 141-1 du Code de l'organisation judiciaire (COJ)³¹ constitue une voie de recours effective en matière de contrôle d'identité.

La cour d'appel de Paris (arrêts du 24 juin 2015) suivra le DDD sur plusieurs points. D'abord, sur le fait qu'un contrôle d'identité fondé sur des motifs discriminatoires constitue « une violation flagrante des droits fondamentaux de la personne » et, à ce titre, engage la responsabilité de l'État pour faute lourde. Ensuite, sur la nécessité d'un aménagement de la preuve en l'absence de traçabilité des contrôles afin d'assurer l'effectivité de la voie de recours de l'article 141-1 du COJ.

Mais la Cour, contrairement au DDD, estime la loi du 27 mai 2008 inapplicable car, selon elle, elle ne concerne que la matière sociale et les relations professionnelles. Cela n'empêche pas la Cour de trouver le moyen d'aménager le régime de la preuve en se fondant sur la jurisprudence de la CEDH. Elle accepte donc que la preuve soit apportée par « un faisceau de circonstances graves, précises et concordantes, l'autorité publique devant quant à elle démontrer le caractère justifié de la différence de traitement » et que les statistiques d'ordre général soient un élément d'appréciation³² du sur- contrôle d'une catégorie de population. Constatant en l'espèce l'incapacité de l'autorité publique à apporter la preuve du caractère justifié de ses contrôles, la Cour condamne l'État.

Avis du Défenseur des droits sur l'action de groupe en matière de discrimination

Auditionné le 2 juin 2015 par Razzy Hammadi, rapporteur à l'Assemblée nationale de la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte

contre les inégalités, le Défenseur des droits a rendu un avis sur cette question. Cette audition s'inscrit dans un contexte législatif particulier. En effet, l'introduction des actions collectives ou actions de groupe en France, quoique très récente, se veut d'emblée générale ; et la question des actions de groupe en matière de discriminations n'apparaît que comme l'un des aspects d'un mouvement législatif d'ensemble.

On peut mentionner à ce titre la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation ; et surtout le projet de loi du ministère de la Justice portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, publié le 5 juillet 2015. Ce dernier établit en effet en son titre V, suivant une recommandation de la Commission européenne en date du 11 juin 2013, un cadre juridique commun pour les actions de groupe dans tous les domaines du droit, à charge pour le législateur d'organiser effectivement à l'avenir telle ou telle action.

C'est ainsi que le projet établit les principes d'une action de groupe devant le juge judiciaire (ch. I), devant le juge administratif (ch. II) et, spécifiquement, « en matière de discriminations » (ch. III). S'agissant plus particulièrement de l'action de groupe en matière de discriminations, elle a fait l'objet de deux propositions de loi ces deux dernières années : le 25 juillet 2013 par le groupe écologiste au Sénat (texte n° 811) ; et le 14 janvier 2014 à l'Assemblée nationale par le groupe SRC (texte n° 1699), proposition votée depuis en première lecture le 10 juin 2015.

La position du Défenseur des droits, Jacques Toubon, se singularise sur plusieurs points par rapports à tous ces projets. Il est à coup sûr en faveur de l'introduction d'une action de groupe en matière de discriminations, comme d'ailleurs son prédécesseur Dominique Baudis, qui avait rendu un avis sur cette question le 31 octobre 2013 à l'occasion d'une audition par la Commission des lois du Sénat. Il critique cependant la préférence de tous les projets pour un mécanisme de filtrage consistant à réserver la possibilité d'introduire une action de groupe devant une juridiction à des personnes morales : syndicats représentatifs au sens du Code du travail, ou associations de lutte contre les discriminations constituées depuis un nombre d'années déterminé. Le Défenseur se distingue par son souhait d'ouvrir au maximum le prétoire afin de ne pas créer, selon sa formule, de « justiciables discriminés à deux vitesses ». Il préconise par ailleurs, à la différence des projets en cours d'examen, l'instauration d'une procédure en deux étapes, afin de mettre en place une sorte d'équivalent français de l'étape de l'autorisation donnée par le juge à l'action de groupe dans les pays anglo-saxons : il s'agirait en France de ce que le Défenseur appelle une « modélisation », opérée par le juge, et qui consisterait en la qualification collective de la situation. C'est bien le juge dans la perspective du Défenseur, et non les associations ou les syndicats, qui aurait à écarter les actions ne

répondant pas aux conditions de sérieux et de représentativité nécessaires. Remarquons encore que le Défenseur insiste dans ses avis sur la question des moyens matériels et juridiques considérables que nécessite ce type de contentieux, moyens difficilement accessibles aussi bien à des salariés qu'à des syndicats, des associations, ou même à des institutions comme le Défenseur des droits lui-même.

Pour finir, le Défenseur prend clairement position contre une idée plusieurs fois envisagée, qui consisterait à lui donner compétence pour engager lui-même une action de groupe devant une juridiction. Cette possibilité avait ainsi été introduite en 2011 à l'Assemblée nationale par amendement lors du débat sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits, puis supprimé par la Commission des lois du Sénat qui jugeait une telle évolution prématurée³³. Elle est envisagée également dans la proposition de loi déposée par le groupe écologiste au Sénat en 2013, et le même groupe a déposé en conséquence le 24 septembre 2013 une proposition de loi organique (n° 861) visant à attribuer plus précisément au Défenseur des droits « la possibilité d'agir en justice afin d'engager la responsabilité de l'auteur de faits de discrimination directe ou indirecte au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 et ce au nom de toutes les victimes qui sont dans une situation similaire ». Aussi bien Dominique Baudis que Jacques Toubon, dans leurs avis respectifs, ont insisté sur ce fait qu'une telle possibilité modifierait en substance les missions du Défenseur : celui-ci se conçoit comme un « tiers de confiance » à l'égard des parties au litige comme des juridictions, et pas du tout comme une partie ; au demeurant (point déterminant sans doute), cette dernière qualité le priverait de ses pouvoirs d'enquête au nom de l'égalité des armes.

Déc. n° MSP/MLD 2015-127, 28 mai 2015, du Défenseur des droits relative au droit de vote des ressortissants européens sans domicile fixe

Dans cette décision, le Défenseur des droits recommande au Gouvernement « de réformer le dispositif législatif relatif au droit de vote des ressortissants européens dépourvus de domicile fixe en raison de son incompatibilité avec le droit de l'Union » et « d'initier une réforme de l'article LO 227-1 du Code électoral en ce qu'il institue une discrimination fondée sur la nationalité dans l'exercice du droit de vote »³⁴. En 2014, la Commission administrative des listes électorales refuse de procéder à l'inscription de ressortissants de l'Union européenne dépourvus de domicile fixe sur les listes électorales complémentaires pour les élections municipales à Villeurbanne. Saisi de l'affaire, le Défenseur des droits interroge le préfet du

Rhône. Ce dernier affirme alors qu'il s'agit d'une application stricte de la circulaire ministérielle du 25 juillet 2013 relative à la révision et à la tenue des listes électorales et des listes électorales complémentaires. Celle-ci affirme que « les dispositions applicables aux personnes sans domicile fixe ne sont pas applicables pour l'établissement des listes complémentaires en vue des élections municipales (l'article LO 227-1 du Code électoral ne rendant pas applicable l'article L. 15-1 qui a été introduit après le 26 mai 1998) mais le sont en revanche pour l'établissement des listes en vue des élections européennes ».

Ainsi, cette circulaire ministérielle prend en compte l'existence d'une disparité de traitement entre les personnes sans domicile fixe de nationalité française et les personnes sans domicile fixe ressortissantes d'un État membre de l'Union européenne. Une lecture croisée des articles LO 227-1³⁵, LO 227-3³⁶ et L. 15-1³⁷ du Code électoral permet effectivement de comprendre le fond du problème. Alors que les ressortissants de l'Union européenne domiciliés en France bénéficient d'un traitement identique à n'importe quel citoyen français domicilié sur notre territoire, il n'en va pas de même pour les ressortissants de l'Union européenne sans domicile fixe présents sur notre territoire. Cela entraîne alors une discrimination fondée sur la nationalité entre les ressortissants de l'Union européenne sans domicile fixe présent sur notre territoire et les personnes sans domicile fixe de nationalité française présentes sur notre territoire. Les seconds se voient appliquer l'article L. 15-1 du Code électoral alors que les premiers ne le peuvent pas en raison de l'article LO 227-1 principalement et de l'article LO 227-3.

Une telle rupture d'égalité est contraire à la directive n° 94/80/CE du 19 décembre 1994 fixant les modalités du droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales. Un État membre de l'Union ne peut mettre en place un régime différent entre nationaux et ressortissants d'un État membre. Comme le souligne le Défenseur, « tant qu'aucun dispositif n'existait pour le vote des personnes sans domicile fixe, le droit communautaire n'imposait pas de dispositif particulier », mais à partir du moment où celui-ci est mis en place, l'État français avait l'obligation de l'étendre aux ressortissants sans domicile des pays membres. Le Défenseur reconnaît que les disparités de traitement en question ont « pour origine une succession de législations internes » et ne résultent aucunement d'une « volonté de refuser à certains ressortissants de l'Union des droits qu'ils devraient être en mesure d'exercer ». Il n'en reste pas moins que le dispositif actuellement en vigueur est contraire au droit de l'Union.

Avis du Conseil consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie relatif au don de sang des personnes homosexuelles³⁸

Aucune transmission du VIH³⁹ suite à une transfusion sanguine n'a été déclarée en France depuis maintenant treize ans, faisant de notre pays l'un des plus fiables au monde s'agissant de la sécurité transfusionnelle.

Partant de ce constat, la ministre des Affaires sociales et de la Santé a saisi le CCNE quant à la pertinence du maintien de la contre-indication permanente au don de sang pour les hommes déclarant avoir eu au cours de leur vie une relation homosexuelle, et la possibilité de substituer à cette contre-indication permanente une contre-indication temporaire.

Aujourd'hui, la sécurité transfusionnelle repose sur une série de procédures⁴⁰ allant de l'information détaillée du donneur au cours d'un entretien médical jusqu'au test systématique des échantillons prélevés afin d'identifier des maladies transmissibles, notamment du virus du VIH.

Malgré toutes ces précautions, la contre-indication permanente pour ces personnes est justifiée par l'existence d'une « fenêtre silencieuse », période d'en moyenne douze jours suivant la contamination au cours de laquelle le VIH demeure indétectable⁴¹. Elle résulte également de la nécessaire protection du droit à la vie et de la santé des patients transfusés.

Plusieurs associations LGBT⁴² jugeant cette situation discriminatoire⁴³ revendiquent un « droit au don du sang pour tous » et demandent le passage à une contre-indication temporaire.

D'autres s'inquiètent du risque de recrudescence de l'homophobie en cas de contamination transfusionnelle à la suite d'un don issu d'une personne homosexuelle.

Au terme de sa réflexion, le CCNE pose une série de recommandations visant à :

- renforcer la qualité de l'information⁴⁴ délivrée aux donneurs et la responsabilisation de ces derniers pour éviter les risques de fausses déclarations ;
- la réalisation d'une étude scientifique évaluant la pertinence du maintien de la contre-indication permanente ;
- la mise en place de mécanismes permettant au besoin de reconvoquer le donneur afin d'effectuer un second test biologique⁴⁵.

Dans l'attente des résultats des études scientifiques en cours, le CCNE en appelle à la poursuite de la réflexion et préconise pour l'heure le maintien de la contre-indication permanente au don du sang pour les hommes déclarant avoir eu une relation homosexuelle.

Saisie d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité du régime d'exclusion permanente avec une directive de l'Union⁴⁶, la CJUE⁴⁷ a estimé que cette contre-indication permanente pouvait être justifiée eu égard à la situation prévalant dans chaque État membre⁴⁸.

III- Et toujours la protection des droits de l'Homme en situation de vulnérabilité

La chronique se penche pour finir sur trois avis importants qui abordent les situations de vulnérabilité : les enfants étrangers, la réforme du droit des étrangers, la population carcérale.

Observations du Défenseur des droits sur la rétention et l'éloignement forcé du mineur étranger

Le Défenseur des droits (DDD) a déposé, le 6 janvier 2015, des observations (MDE-MLD-20015-002) devant le Conseil d'État statuant en appel sur une ordonnance du juge des référés de Mayotte dans une affaire où un enfant de neuf ans avait été placé en rétention administrative lors de son entrée irrégulière sur le territoire français en même temps que l'adulte l'accompagnant, puis reconduit seul à destination de l'île d'Anjouan (Union des Comores) une fois que l'absence de lien de parenté avec l'adulte l'accompagnant eut été révélée.

Cette affaire soulevait deux questions sur lesquelles le DDD avaient déjà eu l'occasion de prendre position : le placement en centre de rétention d'un mineur avec ses parents et son éloignement forcé.

Sur la rétention administrative, rappelons d'abord le droit positif. Il découle de l'article L. 553-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) qu'un mineur peut être placé en centre de rétention dès lors qu'il accompagne un de ses parents. L'accueil des familles dans les centres de rétention est ainsi organisé par le décret du 30 mai 2005⁴⁹.

Or à l'occasion de sa décision du 6 janvier, le DDD rappelle sa position constante⁵⁰ : le placement en centre de rétention d'un mineur constitue toujours une mesure contraire aux droits de l'enfant, violant l'article 3, § 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, en raison, d'une part, des conditions d'accueil dans les centres (même spécialement aménagés pour l'accueil des familles) et, d'autre part, du choc psychologique qu'il entraîne chez l'enfant⁵¹.

La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) s'est prononcée en ce sens à plusieurs reprises et notamment dans l'affaire Popov c/ France⁵².

En tout état de cause, pour le DDD comme pour la CEDH, un tel placement doit être une « mesure de dernier ressort et d'une durée aussi brève que possible » s'il veut être conforme à l'article 37 b) de ladite Convention. Des mesures alternatives doivent en conséquence être envisagées systématiquement comme l'assignation à résidence ou l'installation dans un hôtel⁵³.

Mais la décision du 6 janvier soulève une autre question : celle du rattachement fictif d'un mineur à un adulte qui n'est pas un de ses parents en vue de le placer en centre de rétention puis de l'expulser. Il s'agit là d'une pratique récurrente bien connue⁵⁴ que le DDD dénonce une fois encore⁵⁵ et qui a donné lieu à une condamnation de la Grèce par la CEDH dans l'affaire Rahimi⁵⁶. Dans son rapport au Comité des droits de l'enfant du 27 février

2015⁵⁷, il l'évoque à nouveau ainsi qu'une autre difficulté, également soulevée par CEDH dans l'affaire Popov précitée : l'absence de voie de recours contre les mesures de rétention et d'éloignement forcé de l'enfant accompagnant ses parents. En effet, n'étant pas les destinataires de ces mesures qui visent seulement leurs parents, « les enfants accompagnant leurs parents tombent dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti à leurs parents » (cons. 124). Et la Cour d'en conclure qu'il y a là violation de l'article 5, § 4 de la Convention.

Quant à l'éloignement forcé d'un mineur isolé, c'est une mesure constitutive d'un traitement inhumain et dégradant, affirme la décision du 6 janvier, s'appuyant encore une fois sur les arrêts de la CEDH, Mubilanza Mayeka et Kaniki Mitunga et Muskhadzhyeva précités. En effet, la mesure d'éloignement a eu pour effet, après le décès de sa grand-mère qui en avait la charge à Anjouan, de livrer à lui-même le mineur de neuf ans, sans aucun représentant légal. Le DDD fait donc grief aux autorités françaises de ne pas avoir assuré son réacheminement en toute sécurité.

Le Conseil d'État, dans son ordonnance de référé du 9 janvier 2015⁵⁸, annule l'ordonnance du juge des référés au motif que l'Administration a commis une « illégalité manifeste », d'une part, en maintenant la reconduite à la frontière sur le fondement d'une identité inexacte, faute d'avoir pris en compte les informations à sa disposition permettant d'établir la véritable identité du mineur et, d'autre part, de ne pas s'être suffisamment préoccupée des conditions de la prise en charge de l'enfant à Anjouan avant toute mesure d'éloignement.

Mais, ce faisant, le Conseil d'État évite de qualifier de traitement inhumain et dégradant une telle mesure. Il se contente de rappeler, reprenant sa précédente ordonnance du 25 octobre

2014⁵⁹, que cette mesure doit être entourée de garanties particulières imposées par l'intérêt supérieur de l'enfant au nombre desquelles figure l'établissement exact des liens entre un enfant et un adulte l'accompagnant. Dès lors, il n'est pas certain qu'une telle décision ait pleinement satisfait le DDD.

Avis de la CNCDH, 21 mai 2015, sur la réforme du droit des étrangers

La CNCDH a été saisie par le ministre de l'Intérieur du projet de loi relatif à la réforme du droit des étrangers. Suivant sa tradition de défense des droits fondamentaux, la CNCDH interpelle le Gouvernement et le Parlement sur la nécessité d'aborder le droit des étrangers « avec ambition », c'est-à-dire avec une prise de recul par rapport à l'actualité et à un contexte marqué par la montée des extrémismes en tout genre. L'avis de la CNCDH révèle plusieurs aspects positifs du projet de loi tout en formulant un certain nombre de recommandations afin d'améliorer le dispositif.

En premier lieu, la Commission réitère « son engagement en faveur d'une politique généreuse à l'égard des étrangers, c'est-à-dire une politique d'accueil digne de ce nom fondée sur le respect des droits et libertés fondamentaux »⁶⁰. Elle souligne à ce titre les « avancées » auxquelles la réforme examinée conduit. Plusieurs dispositions du projet de loi sont ainsi valorisées. Il s'agit notamment de la consécration du principe de pluri-annualité de la carte de séjour, de la suppression des pré-contrats et contrats d'accueil et d'intégration. La Commission félicite également l'affirmation, au sein du nouveau dispositif, du caractère subsidiaire du placement en rétention administrative ainsi que la possibilité offerte aux journalistes d'accéder aux zones d'attente et aux lieux de rétention.

En second lieu, les recommandations formulées par la CNCDH portent sur deux aspects du projet de loi. Le premier concerne une préoccupation sur laquelle la Commission insiste fréquemment : les modalités d'élaboration et de production législative. Elle concerne précisément les difficultés d'intelligibilité et d'accessibilité du dispositif. Le droit des étrangers subit une inflation législative et une complexification qui rend son accès difficile, surtout pour des individus en situation de vulnérabilité. La Commission évoque la multiplication des délais de recours contentieux et de jugement en matière d'obligation de quitter le territoire ou encore l'emploi récurrent de la technique du renvoi législatif au sein des dispositions. La CNCDH plaide pour une simplification des procédures et une meilleure prévisibilité du dispositif.

Sur le fond, la Commission formule également un certain nombre de recommandations. Elles concernent les dispositions relatives à l'accueil et au séjour des étrangers, à leur éloignement, aux mesures privatives de libertés et enfin, les dispositions relatives à l'Outre-Mer. Parmi les plus emblématiques, il faut retenir les recommandations visant à rappeler l'importance de l'institution d'un recours à bref délai devant le juge des libertés et de la détention. La Commission insiste à cet égard sur le fait que les exigences constitutionnelles comme les exigences européennes (droit de l'Union européenne et CEDH) imposent un recours au juge dans un délai de 48 heures et non dans un délai de 5 jours tel que cela est prévu par le Cesda et maintenu au sein du nouveau dispositif.

Contrôleur des lieux de détention : le rapport annuel pour 2014⁶¹

—

En avril 2015, la nouvelle Contrôleure générale des lieux de privation de liberté publie son premier rapport d'activité pour 2014. Dans son avant-propos, elle souligne le rôle joué par l'ancien contrôleur, Jean-Marie Delarue, qui a permis de renforcer la place de cette « institution d'un genre nouveau » au sein du débat public et de lui « donner un sens » en déterminant « un niveau d'exigence indispensable ». Elle rappelle les « trois lignes de force de l'institution », à savoir l'indépendance, l'intransigeance et la transparence. Après la « phase de création et d'installation », elle entend inscrire son action dans la « consolidation du bilan » et le « développement du rôle du CGLPL » par le renforcement de la présence des équipes du contrôle dans l'ensemble des lieux de privation de liberté.

L'objet et les méthodes du contrôle sont ainsi précisés :

— le contrôle doit porter sur le domaine pénitentiaire (en particulier en matière de respect de la dignité, de l'expression des personnes détenues et de la mise en œuvre de l'encellulement individuel), sur les établissements où les personnes sont hospitalisées sans consentement, sur les locaux de garde-à-vue (pour vérifier, en particulier, la mise en œuvre du droit à l'information), sur la situation des mineurs privés de liberté (en particulier dans les centres éducatifs fermés et les établissements de santé), sur la situation des étrangers placés en zone d'attente et centre de rétention (pour garantir en particulier l'accès aux demandes d'asile) et sur la mise en œuvre des retours forcés, mission qui incombe à l'AAI depuis la loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 ;

— de nouvelles méthodes de contrôle sont proposées. Afin de rendre plus efficaces les avis et recommandations, le rapport invite à une collaboration renforcée avec les juges internes et européen, par le moyen notamment de la tierce partie. Une « immersion totale » dans les établissements visités doit permettre de renforcer la présence sur le terrain, tout en garantissant la confidentialité des entretiens. Le délit d'entrave créé par la loi du 26 mai 2014 est mis en avant pour faciliter les saisines du Contrôleur. L'expertise doit être améliorée par le recours aux milieux scientifiques et personnalités qualifiées et la mise en place d'un comité scientifique consultatif en 2015. Enfin, de nouveaux outils de communication, autres que le rapport annuel, doivent être utilisés. La loi n° 2015-433 du 17 avril 2015 portant diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse permet ainsi aux parlementaires d'être accompagnés de journalistes lors des visites dans les lieux de privation de liberté ;

— l'action du contrôle doit s'inscrire dans un cadre européen et international : participation au débat sur le projet de Code de procédure pénale européen (résolution du 30 novembre 2009 du Conseil de l'Union européenne visant à renforcer les droits procéduraux des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre du programme de Stockholm) ; visite du Comité de prévention de la torture du Conseil de l'Europe en 2015.

Le rapport insiste ensuite sur deux problématiques. La reconnaissance d'un droit à l'autonomie personnelle des personnes privées de liberté, tout d'abord, est considérée comme nécessaire pour l'exercice de l'ensemble des droits fondamentaux et pour favoriser la réinsertion. Le libre exercice des actes du quotidien et le choix du mode de vie, doivent être garantis par l'affirmation d'un droit à la vie sociale, aux activités, à l'information, notamment par le biais d'internet, et à l'expression individuelle et collective.

Le rapport souligne ensuite l'importance du traitement des requêtes des personnes privées de liberté pour garantir la qualité de vie et la transparence des établissements. Les recommandations portent en particulier sur la nécessité d'une réponse diligente aux demandes orales et écrites, de l'enregistrement et de la traçabilité des requêtes.

¹ Ont rédigé cette chronique, tous membres de l'Institut Maurice Hauriou, EA 4657 : C. Arnaud, docteur, chargée d'enseignements ; J. Schmitz, maître de conférences ; G. Lichardos, doctorante chargée d'enseignements ; C. Morot-Monony, doctorante chargée d'enseignements ; M. Sztulman, doctorant chargé d'enseignements ; H. Simonian, maître de conférences ; T. Pouthier, maître de conférences ; M. Cottereau, doctorant chargé d'enseignements et T. Coussens, doctorant contractuel

² Pt 12 de l'avis.

³ CE, avis, 19 mars 2015, n° 389.754, projet de loi relatif au renseignement.

⁴ Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC.

⁵ CGPL, avis, 11 juin 2015, sur la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral : JO 30 juin 2015, p. 126, avec les observations du Premier ministre, de la ministre de la Justice et du ministre de l'Intérieur.

⁶ V. le rapport d'enquête sur la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral, dans les centres pénitentiaires de Fresnes et Réau, et les maisons d'arrêt d'Osny et Bois-d'Arcy, établissements ayant expérimenté depuis octobre 2014 un dispositif de séparation et de regroupement des détenus radicalisés, 11 juin 2015.

⁷ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸ Délib., p. 3.

⁹ Accès administratifs aux données de connexion, interceptions de sécurité, mesures de surveillance internationale, dispositifs techniques de proximité, localisation, sonorisation et captation d'images de certains lieux et véhicules et captation de données informatiques.

¹⁰ Il est à noter que le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif mis en place en matière de surveillance internationale, au motif que le législateur n'a pas défini suffisamment les règles de mise en œuvre de ce procédé. Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, Loi relative au renseignement.

¹¹ Entretien avec la présidente de la Cnil, I. Falque-Pierrotin, «Pour la Cnil, le projet de loi sur le renseignement «reste profondément déséquilibré»» : Le Monde 21 mai 2015.

¹² Le Premier ministre n'est pas tenu de respecter cet avis. Cependant, la CNCTR peut attaquer la décision du Premier ministre devant le Conseil d'État.

¹³ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 44-IV.

¹⁴ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

¹⁵ CEDH, 17 déc. 2009, B. ; G. ; M. B. c/ France.

¹⁶ CJUE, gde ch., 13 mai 2014, n° C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González.

¹⁷ 9 déréférencements ont été octroyés, et seulement sur les recherches effectuées sur l'une des extensions géographiques européennes du moteur de recherche.

¹⁸ Cnil, 21 mai 2015, n° 2015-047, mettant en demeure la société Google Inc.

¹⁹ L. n° 2008-496, 27 mai 2008 : JO 28 mai 2008, p. 8801.

²⁰ Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité, oct. 2012, p. 9.

http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/rapport_controle-identite-final_0.pdf .

²¹ CNDS, rapport 2010 http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/cnds_ra_2010.pdf.

²² <http://www.cncdh.fr/fr/publications/la-lutte-contre-le-racisme-lantisemitisme-et-la-xenophobie-annee-2010>.

²³ L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1133-Guide-ethnicprofiling_FR.pdf ; la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance du Conseil de l'Europe (ECRI), http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/09/ecri-quatrieme_rapport_sur_la_france_-_2010.pdf p. 43 à 45.

²⁴ Notamment CEDH, 13 déc. 2005, nos 55762/00 et 55974/00, Timichev c/ Russie – CEDH, 5 juill. 2005, nos 43577/98 et 43579/98, Natchova et a. c/Bulgarie, arrêts repris par la CA de Paris.

²⁵ Les contrôles sur réquisition du Parquet échappent en réalité au contrôle a priori du procureur du fait de leur demande croissante et de leur enchaînement systématique.

²⁶ Les contrôles a posteriori ne sont pas non plus satisfaisants. Le procureur n'a connaissance d'un contrôle que lorsqu'il donne lieu à une garde à vue. Les juridictions n'ont affaire à une contestation d'un contrôle d'identité qu'à l'occasion d'une procédure judiciaire suite par exemple à une interpellation.

²⁷ La traçabilité exige a minima un écrit où figurent la date, le lieu du contrôle, le nom de l'agent contrôleur et de la personne contrôlée, les raisons ayant justifié la mesure.

²⁸ Le DDD rappelle que l'aménagement de la charge de la preuve, issu du droit communautaire, a déjà été transposé à toutes les procédures civiles et administratives et que les juridictions administratives en ont fait application (CE, 26 août 2011, n° 1106560 – CE, ass., 30 oct. 2009, n° 298348 – CAA Versailles, 29 déc. 2009, n° 08VE00296).

²⁹ La loi interdit toute discrimination fondée sur l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, en matière d'accès aux biens et services ou de fournitures de biens et services.

³⁰ La CEDH estime qu'en matière de discrimination, lorsque le requérant produit un commencement de preuve de la discrimination, il incombe à la partie mise en cause d'apporter la preuve que la différence de traitement est justifiée.

³¹ Selon cet article, l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice.

³² Dans un des arrêts qui a rejeté les prétentions des requérants, la Cour précise que ces statistiques ne peuvent à elles seules constituer le faisceau d'indices graves, précis et concordants caractérisant le comportement discriminatoire (arrêt n° 13/24303).

³³ V. le rapport n° 258 de P. Gélard, déposé le 26 janv. 2011.

³⁴ Déc. n° MSP/MLD 2015-127, 28 mai 2015.

³⁵ « Les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les citoyens français, peuvent participer à l'élection des conseillers municipaux dans les mêmes conditions que les électeurs français, sous réserve des dispositions de la présente section (...) ».

³⁶ « Les dispositions des (...) L. 15 à L. 17 (...) dans leur rédaction en vigueur à la date de publication de la loi organique n° 98-404 du 25 mai 1998 (...) sont applicables à l'établissement des listes électorales complémentaires et au contrôle de leur régularité ».

³⁷ « Les citoyens qui ne peuvent fournir la preuve d'un domicile ou d'une résidence et auxquels la loi n'a pas fixé une commune de rattachement sont, sur leur demande, inscrits sur la liste électorale de la commune où est situé l'organisme d'accueil agréé dans les conditions prévues aux articles L. 264-6 et L. 264-7 du Code de l'action sociale et des familles : dont l'adresse figure depuis au moins six mois sur leur carte nationale d'identité ; ou qui leur a fourni l'attestation mentionnée à l'article L. 264-2 du même code établissant leur lien avec lui depuis au moins six mois ».

³⁸ Avis n° 123, 31 mars 2015, « Questionnement éthique et observations concernant la contre-indication permanente du don de sang pour tout homme déclarant avoir eu une ou des relation(s) sexuelle(s) avec un ou plusieurs homme(s) ».

³⁹ Virus de l'immunodéficience humaine.

⁴⁰ C. santé publ., art L. 1221-1 et s.

⁴¹ Les dons prélevés au cours de cette période étant alors potentiellement porteurs du VIH.

⁴² Associations de défense des droits des personnes lesbiennes, gay, bisexuelles et transsexuelles, mais également l'association Act Up engagée dans la lutte contre le Sida.

⁴³ Il existerait selon eux une rupture d'égalité fondée sur l'existence de contre-indications disproportionnées aux objectifs de santé publique.

⁴⁴ Réécriture des questionnaires, amélioration du dialogue entre médecin et donneur.

⁴⁵ La période de conservation des échantillons sanguins pouvant aller jusqu'à quatre semaines, la réalisation d'un nouveau test biologique au minimum 12 jours après le prélèvement permettrait de sortir de la «fenêtre silencieuse».

⁴⁶ Dir. n° 2004/33/CE de la Commission, 22 mars 2004, portant application de la directive n° 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins : JO L 91, p. 25.

⁴⁷ CJUE, 29 avr. 2015, Geoffrey Léger c/ Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang.

⁴⁸ Notamment s'il existe, pour ces personnes, un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves, comme le VIH, et que des techniques efficaces de détection ou des méthodes moins contraignantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs font défaut.

⁴⁹ D. n° 1005617, 30 mai 2005 : JO 31 mai 2005, p. 9658 (codifié à l'article R. 553-1 du CESEDA, jugé conforme aux articles L. 551-4 et 521-4 du CESEDA par l'arrêt du Conseil d'État du 12 juin 2006 au motif qu'il vise seulement à organiser l'accueil des familles des étrangers placés en rétention).

⁵⁰ MDE-2012-98, obs. devant la CA de Nancy (qui suivra le DDD en reconnaissant une méconnaissance de l'intérêt de l'enfant) ; MDE/2013-93 relative aux recommandations générales relatives à la situation très alarmante des mineurs étrangers isolés dans le Département de Mayotte ; MDE /2012-98, Compte-rendu de la mission sur la protection des droits de l'enfant à Mayotte d'avril 2013.

⁵¹ Certaines cours d'appel, non suivies en cela par la Cour de cassation, estiment qu'il constitue un traitement inhumain et dégradant : CA Rennes, 23 oct. 2007, ord. n° 87/2007 – CA Rennes, 29 sept. 2008, ord. n° 271/2008 – CA Toulouse, 21 févr. 2008, ord. n° 08/00088 – Cass. civ., 10 déc. 2009, n°s 08- 14141 et 08-2110 : Bull. civ. I, n° 249.

⁵² CEDH, 9 janv. 2012, n°s 39472/07 et 39474/07, Popov c/ France, Grand : AJDA 2012, 127 ; N. Beddiar, «Droit de l'enfant», Chr. d'act. lég. et jur. n° 9 : LPA 12 août 2012 ; D. 2012, 363, obs. C. Fleuriot. V. aussi, CEDH, 12 oct. 2006, n° 13178/03, Mubilanza Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique, § 112 – CEDH, 19 janv. 2010, n° 41442/07, Muskhadzhiyeva et a., § 73 – CEDH, 5 avr. 2011, n° 8687/08, Rahimi c/ Grèce, § 85-86.

⁵³ C'est d'ailleurs ce que D. Versini, la Défenseure des enfants, avait déjà prôné dans son rapport d'activité en 2008.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapportspublics/084000715.pdf> .

⁵⁴ Le DDD rappelle que cette pratique est attestée par des rapports d'ONG, par les saisines de la Défenseure des enfants et par le compte-rendu de la mission conduite par M^{me} Matthieu, préfète (mars 2013).

⁵⁵ V. MDE/ 2013-253.

⁵⁶ CEDH, n° 8687/08, Rahimi c/ Grèce.

⁵⁷ P. 50.

⁵⁸ Comm. critique : C. Escuillié, «Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants» : Revue des droits de l'homme, <https://revdh.revues.org/1068>.

⁵⁹ CE, 25 oct. 2014, n° 385173 : AJDA 2014, 2157.

⁶⁰ Pt 5 de l'avis.

⁶¹ CGLPL, Rapport d'activité 2014, Dalloz, mars 2015.