



## UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS

18 rue de la Grange Batelière - 75009 PARIS

Tél : 01.43.54.21.26. - Fax : 01.43.29.96.20.

E-mail : [contact@union-syndicale-magistrats.org](mailto:contact@union-syndicale-magistrats.org)

Site : [www.union-syndicale-magistrats.org](http://www.union-syndicale-magistrats.org)

Paris, le 17 mars 2015

### **Observations de l'USM relative au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisée, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale**

L'Union Syndicale des Magistrats est le syndicat le plus représentatif des magistrats de l'ordre judiciaire (72,5% des voix aux élections au Conseil supérieur de la magistrature en 2014).

Elle s'interdit tout engagement politique et a pour objet d'assurer l'indépendance de la fonction judiciaire, garantie essentielle des droits et libertés du citoyen, de défendre les intérêts moraux et matériels des magistrats de l'ordre judiciaire et de contribuer au progrès du droit et des institutions judiciaires, afin de promouvoir une justice accessible, efficace et humaine.

**Historique du projet de loi :** le présent projet de loi est présenté au Parlement dans le contexte très particulier d'un pays placé sous le régime de l'état d'urgence après les dramatiques attentats dont la France a été victime le 13 novembre 2015. Ces événements ont eu un fort impact sur l'élaboration de ce texte qui a été profondément remanié.

Celui-ci était en effet initialement conçu pour prendre en compte nombre certaines préconisations de la commission Nadal sur « la modernisation du ministère public » (novembre 2013) et de la mission Beaume (juillet 2014) et, plus globalement, pour intégrer de nombreuses mesures de simplification de la procédure pénale.

Les attentats du 13 novembre 2015 ont conduit le gouvernement à intégrer dans le projet de loi des dispositions octroyant à l'exécutif, hors état d'urgence, d'importants pouvoirs touchant aux libertés publiques (contrôles d'identité, assignation à résidence). Ces dispositions ont été portées lors des débats à l'Assemblée nationale par le ministre de l'Intérieur. Le texte a par ailleurs été complété par des dispositions de procédure pénale relative à la lutte anti-terroriste.

Le gouvernement a fait le choix de saisir le Parlement selon la procédure accélérée. Dans le même but, pour limiter la période d'examen du texte par le Conseil d'État, le gouvernement a décidé de retirer de l'avant projet de loi plus de la moitié des dispositions techniques qui s'y trouvaient initialement, avec la perspective qu'elles soient réintégrées au texte lors des débats devant l'Assemblée, par voie d'amendements. Ainsi, paradoxalement, la plupart des dispositions qui devaient figurer

dans le texte initialement envisagé avant les attentats n'ont donné lieu ni à concertation véritable, ni à étude d'impact, ni à examen par le Conseil d'Etat....

S'il est compréhensible que les dispositions relatives à la lutte anti-terroriste fasse l'objet d'un examen urgent, il est en revanche regrettable que les dispositions procédurales de droit commun, qui concerne le quotidien de la justice pénale, soient élaborées dans de telles conditions. Les difficultés sont connues de tous, les rapports Nadal et Beaume ont été déposés respectivement depuis 3 et 2 ans... La nécessaire réforme de la procédure pénale, et plus particulièrement de l'enquête pénale, aurait mérité d'être conduite avec plus de diligence avant novembre 2015, pour que son examen par le Parlement se fasse dans des conditions plus satisfaisantes et des délais moins contraints.

\*\*\*

En outre, l'USM rappelle que ces textes sont déposés alors même que **l'indispensable réforme constitutionnelle du statut du parquet n'a toujours pas été mise en œuvre**. Il s'agit pourtant du principal anachronisme de la procédure pénale française.

L'USM rappelle ses principales exigences en la matière :

- \* le transfert au Conseil supérieur de la magistrature du pouvoir de nomination de tous les membres du parquet, y compris procureurs, procureurs généraux et membres du parquet de la Cour de cassation ;
- \* le transfert au Conseil supérieur de la magistrature du pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet.

Réformer le code de procédure pénale sans, au préalable, avoir réformé le statut du parquet, consisterait, de fait, à tenter de pérenniser artificiellement cette situation anachronique.

Cette évidence a été rappelée par la commission Beaume qui a fait savoir que ses propositions de réforme ne pouvaient s'envisager que dans la perspective d'une réforme du statut du parquet parvenue à son terme.

L'USM rappelle par ailleurs qu'une réforme pénale et de procédure pénale, n'a de sens que si l'institution judiciaire est matériellement en mesure de mettre en œuvre les dispositions votées. Or même une loi de procédure nécessite des moyens. Faciliter l'usage d'interception de données informatiques, permettre l'utilisation d'*Imsi-catcher* n'a d'utilité que si des budgets adaptés sont votés concomitamment. Sur ce point, l'étude d'impact du projet de loi est d'une parfaite indigence...

L'USM souhaite donc rappeler que cette réforme se fait alors même que les moyens octroyés à l'institution judiciaire et singulièrement aux parquets sont dérisoires.

Selon les données issues du rapport 2014 de la CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice), la France compte 2,9 procureurs pour 100 000 habitants, soit une baisse de 0,1% par rapport au rapport précédent. Seuls 7 États, dont la France, comptent moins de 5 procureurs pour 100 000 habitants : Royaume Uni, Autriche (4,1), France, Grèce, Irlande, Italie (3,2) et Pays-Bas (4,7). La moyenne européenne est fixée à 11,8. Il y a 14,8 procureurs pour 100 000 habitants au Portugal, 7,4 en Belgique, 6,5 en Allemagne et 5,3 en Espagne. En termes d'affaires pour 100 000 habitants reçues par les procureurs, ce sont les magistrats des parquets français qui, avec les procureurs suisses, roumains et portugais, arrivent en tête. Ce chiffre est de 7 996 en France pour une moyenne européenne de 3 482.

On voit bien que les parquetiers français sont les moins nombreux pour 100 000 habitants mais ceux qui traitent le plus d'affaires. Il en résulte une inquiétante désaffectation pour ces fonctions. Ainsi, fin 2014, 118 postes de parquet étaient vacants, soit 8,7%, et jusqu'à -18% pour les postes de magistrats placés du parquet. A titre de comparaison, la moyenne des postes vacants au siège se situe entre 5 et 6 %.

**L'USM appelle donc le Parlement à envisager dès à présent les conséquences budgétaires du présent projet de loi et, plus globalement, à s'engager lors du prochain projet de loi de finances dans un sauvetage budgétaire d'une institution judiciaire menacée d'embolie.**

Par ailleurs, l'USM regrette que les réformes de procédure pénale continuent à se faire par à-coups, au gré des transpositions de directives européennes issues du protocole de Stockholm, de revirement de jurisprudence, d'événements dramatiques. Une refonte complète du code de procédure pénale, dans un objectif de cohérence et de lisibilité, est devenue incontournable, depuis de nombreuses années. Une telle refonte devra clairement maintenir le positionnement respectif du parquet, du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention, dans la conception française de notre procédure pénale, alors que les réformes successives sont effectuées sans vision d'ensemble ni cohérence claire. L'USM souligne à cet égard que, si le statut du juge des libertés et de la détention doit être renforcé dans son rôle de garant de la loyauté de la procédure et des libertés, elle est en revanche fermement opposée à toute évolution qui tendrait à le transformer en juge de l'enquête appréciant l'opportunité d'un acte d'investigation, la conduite et l'orientation de l'enquête ou de l'information restant de la seule responsabilité du parquet ou du juge d'instruction.

\*\*\*

L'USM a axé ses observations en distinguant les dispositions du projet de loi qu'elle juge inacceptables dans la mesure où elles écartent l'autorité judiciaire de son rôle de garante des libertés individuelles ou parce qu'elle porte atteinte à l'équilibre de la procédure (1) celles qui justifient de sérieuses réserves (2) et enfin les principales autres dispositions auxquelles elle est globalement favorable, dès lors que ces dernières favorisent une plus grande efficacité des enquêtes tout en préservant les garanties des justiciables (3).

## **1 – Les propositions inacceptables pour l'USM**

Certaines dispositions contournent l'autorité judiciaire dans son rôle de garante des libertés individuelles (1.1.) en créant des procédures dérogatoires dans lesquelles la garantie des droits n'est pas assurée de manière effective, satisfaisante et équilibrée.

Il s'agit de la procédure administrative d'assignation à résidence prévue à l'article 20 du projet de loi (1.1.1) et de la procédure de retenue administrative à l'occasion d'un contrôle d'identité pour la prévention du terrorisme prévue à l'article 18 (1.1.2.).

D'autres dispositions sont inacceptables car visant à limiter ou empêcher les investigations pénales exercées envers des parlementaires, avocats, magistrats (1.2.).

Il s'agit du régime spécifique envisagé pour le placement sur écoutes téléphoniques des avocats, parlementaires ou magistrats, prévu à l'article 25, ce régime portant en outre atteinte aux prérogatives du juge d'instruction (1.2.1) et, par ailleurs des dispositions prévues aux articles 2 bis et 25 bis A, de nature à être interprétées comme empêchant l'usage de certaines techniques d'enquêtes envers les parlementaires, avocats, magistrats, et créant ainsi à leur bénéfice une forme d'immunité (1.2.2.).

Enfin, certaines dispositions touchant à l'application des peines portent atteinte à l'équilibre devant être trouvé entre le sens de la peine prononcée et les conditions de son application. Il s'agit de l'extension des possibilités de conversion des peines fermes prévue à l'article 32 H, permettant leur conversion en peine d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve ou en peine de contrainte pénale (1.3.)

### **1.1 – Dispositions privant l'autorité judiciaire de son rôle de garante des libertés individuelles**

Le projet de loi contient certaines dispositions qui, si elles étaient adoptées, parachèveraient un vaste mouvement de contournement de l'autorité judiciaire, pourtant garante des libertés individuelles selon les dispositions de l'article 66 de la Constitution.

Les constituants de 1946 et 1958 avaient fait de l'autorité judiciaire la gardienne de toutes les libertés individuelles. Un vaste mouvement législatif, initié par l'exécutif avec le soutien bien compris du Conseil d'Etat, a, notamment depuis 2000, contourné l'autorité judiciaire et transféré vers les juridictions administratives l'essentiel du contrôle de ces garanties.

Au gré de ces réformes législatives, le Conseil d'État a en effet effectué une lecture extrêmement limitative de l'article 66 de la Constitution, totalement éloignée de la volonté du Constituant, ne l'analysant désormais plus que comme la seule privation de liberté.

Les dernières analyses du Conseil d'État en la matière vont même jusqu'à distinguer les privations selon leur durée, extrayant du contrôle par l'autorité judiciaire des mesures qualifiées abusivement de « limitatives » de libertés sans être « privatives »!

Cette évolution, strictement inacceptable pour l'USM, est également dénoncée à très juste titre par les plus hautes autorités judiciaires et notamment, en dernier lieu, par le Premier président de la Cour de cassation dans un discours du 02 février 2016 :

[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/discours\\_publications\\_diverses\\_2039/discours\\_2202/premier\\_president\\_7084/gardienne\\_liberte\\_33544.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/gardienne_liberte_33544.html)

Nombre de juristes dénoncent ce dévoiement. Ainsi, par exemple P-M Meeringen « Le Conseil d'État protecteur des libertés, c'est la liberté du renard dans le poulailler » <https://www.contrepoints.org/2016/01/06/234783-libertes-publiques-la-dangereuse-ascension-du-conseil-detat> ou récemment François Sureau, avocat au Conseil, ancien membre du Conseil d'État, qui a publié dans la Semaine juridique du 08 février 2016, un éditorial relatif à cette évolution préjudiciaire à la protection des libertés individuelles, intitulé « Les fossoyeurs ». <http://serviceInf2.lexisnexis.fr/unerevues/pdf/une/sjg1606.pdf>

L'opposition massive à cette évolution ne doit pas être analysée comme une lutte de pouvoirs ou un combat visant la défense de certaines prérogatives. Elle tient à la différence fondamentale qui existe entre les garanties réelles apportées à la protection des libertés par l'ordre judiciaire d'une part et celles, beaucoup plus légères, apportées par l'ordre administratif d'autre part.

En fonction du mode et du degré de l'atteinte portée à une liberté individuelle, l'intervention de l'autorité judiciaire s'effectue en effet par le biais d'une autorisation a priori (contrôle judiciaire/détention provisoire) ou d'un contrôle en temps réel (garde-à-vue). S'il s'agit par exception d'un contrôle a posteriori, ce dernier s'effectue de manière systématique (maintien en centre de rétention, prolongation d'hospitalisation d'office).

La justice administrative n'intervient quant à elle qu'a posteriori et de manière non systématique, au gré d'éventuelle saisine.

A titre d'exemple, les écoutes judiciaires ne peuvent légalement être mises en œuvre qu'après autorisation expresse d'un juge qui les accorde ou non après, avoir apprécié leur utilité au regard des nécessités de l'enquête.

A l'inverse, les écoutes « administratives », expressément écartées du champ judiciaire par la récente loi « renseignement » du 24 juillet 2015, ne donnent lieu à aucun contrôle a priori des juridictions administratives. Elles relèvent du seul contrôle, plus formel, d'une autorité administrative. Une personne qui apprendra (on ne sait d'ailleurs comment) avoir été placée sur écoutes pourra théoriquement saisir le Conseil d'État et contester, a posteriori, cette mesure qui, dans l'attente, aura de toute façon été exécutée...

Au delà de ces différences fondamentales, il convient de rappeler que, de par sa composition et sa place dans les institutions, le Conseil d'État, placé au sommet de l'ordre administratif, a démontré qu'il était avant tout le garant des intérêts de l'État. Ses membres, majoritairement issus de l'ENA, comme les hauts fonctionnaires, exercent couramment partie de leur carrière au sein de ce pouvoir exécutif que le Conseil d'État a pour double et singulière fonction de conseiller et de juger.

Les membres du Conseil d'État ne revendiquent nullement le titre de magistrats. Ils ne bénéficient d'ailleurs pas (de même que les juges administratifs) des garanties du statut de la magistrature de 1958. Quelles que soient leurs qualités individuelles, les membres du Conseil d'État ne bénéficient pas des mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité que les magistrats de l'ordre judiciaire.

Ces explications préalables expliquent les raisons pour lesquelles l'USM est absolument opposée à certaines dispositions du projet de loi qui, hors état d'urgence, autoriseraient le pouvoir exécutif à effectuer certains actes gravement attentatoires aux libertés individuelles, sans aucun contrôle du pouvoir judiciaire.

### **1.1.1 - Procédure d'assignation à résidence (et autres mesures administratives) imposée à des personnes revenant d'un théâtre d'opérations de groupements terroristes (art. 20)**

Cette procédure a été présentée comme l'unique moyen de combler un vide juridique.

Elle permettrait de pouvoir imposer à des personnes qui ont quitté le territoire national pour se rendre sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, et qui reviendraient en France « *dans des conditions susceptibles de (les) conduire à porter atteinte à la sécurité publique* », des mesures de surveillance de nature administrative, telles qu'assignation à résidence, pointage, obligation de déclaration de ses identifiants de tout moyen de communication électronique, signalement de déplacement, interdiction de contact, etc...

L'USM observe que l'étude d'impact ne fournit aucune donnée chiffrée sur le nombre de personnes qui auraient pu dans le passé, ou qui pourraient se voir à l'avenir, appliquer ce dispositif.

Ces mesures seraient prises par le ministre de l'Intérieur pour une durée d'un mois (renouvelable une fois) s'agissant de l'assignation à résidence, et d'une durée de trois mois (également renouvelable une fois) s'agissant des autres mesures.

La « protection » des droits des personnes concernées relève de la juridiction administrative, éventuellement saisie. Il est à noter que le législateur n'a pas inscrit le principe d'un examen en urgence du recours par le juge administratif, lequel pourrait donc statuer dans un délai de... quatre mois après sa saisine (ce qui, s'agissant de mesures d'une durée inférieure laisse songeur sur le caractère très théorique de la protection des libertés individuelles qui serait ainsi assurée par le juge administratif...).

Bien que ce texte soit présenté au Sénat dans une version remaniée, l'USM demeure toujours résolument hostile à ce dispositif qui illustre clairement une inquiétante volonté de contournement de l'autorité judiciaire.

#### **Une version remaniée :**

Le champ d'application de l'article 20 du projet de loi a été restreint par l'Assemblée nationale. Il a désormais vocation à s'appliquer aux personnes qui ont « *quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a pour but :*

- *de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes,*
- *ou une tentative de se rendre sur un tel théâtre,*

*dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique »*

Initialement, les dispositions de cet article visaient également les personnes ayant effectué « *des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes* ». Il en résultait un risque majeur de confusion avec des infractions pénales telles que les délits d'association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste ou d'entreprise individuelle terroriste. L'USM se félicite que, comme elle l'avait souhaité, ces dispositions aient été modifiées.

Pour autant, le risque de confusion avec le périmètre d'intervention judiciaire et de contournement de l'autorité judiciaire demeure.

#### **Un texte qui demeure inquiétant et source de confusion :**

Selon les services de renseignements, la situation de certaines personnes parties sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ne peut être appréhendée dans un cadre judiciaire.

Il s'agit des personnes dont les services de renseignement savent qu'elles se sont rendues sur un de ces théâtres d'opérations, mais dont ils n'ont pas pu établir qu'elles avaient commis les autres actes matériels caractérisant une infraction de nature terroriste.

En effet, le seul déplacement sur un tel théâtre d'opérations ne suffit pas à caractériser l'entreprise individuelle terroriste ou a fortiori le délit d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste. Le texte de l'article 421-2-6 du code pénal, définissant l'entreprise individuelle terroriste, implique par exemple que, outre un éventuel déplacement sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, la personne concernée détienne ou recherche des objets ou substances de nature à créer un danger pour autrui (armes, explosifs, etc...). Faute de ces éléments complémentaires, il n'y a pas, en l'état des textes pénaux, commission d'infraction.

### **Les options envisageables :**

Face à ce constat de « vide juridique » (dont, il faut rappeler qu'il n'est étayé par aucune donnée chiffrée permettant d'en mesurer l'importance), deux options, autres que celle qui est proposée, sont envisageables :

*Le statu quo* : un arrêté administratif pris sur la base de l'article 20 du projet de loi suppose que les services de renseignements seraient en mesure d'établir qu'une personne s'est déplacée dans la zone turco-syrienne avec le but de contacter des groupements terroristes, qu'ils auraient par ailleurs pu la localiser à son retour et qu'ils seraient enfin en mesure de démontrer que ce retour « *s'effectue dans des conditions de nature à conduire cette personne à porter atteinte à la sécurité publique* ». Pourquoi, dans de telles circonstances, ces mêmes services ne seraient-ils pas en capacité d'assurer une surveillance et un suivi de la personne concernée, en usant des pouvoirs importants octroyés la loi du 24 juillet 2015 (placements sur écoutes administratives, usage d'*IMSI-catchers*, pénétration de systèmes de données, sonorisation de lieux privés, etc.)? S'ils n'utilisent pas ces pouvoirs d'enquête face à de telles personnalités, comment justifier qu'ils leur aient été confiés?...

Le pouvoir qu'il est envisagé de confier à l'autorité administrative est par ailleurs de nature à interférer avec des enquêtes pénales en cours. Par définition, la prise d'un arrêté de cette nature implique en effet de révéler à la personne concernée qu'elle est suspectée de « *pouvoir porter atteinte à la sécurité publique* ». Privilégier une décision administrative de ce type, poursuivre plutôt des mesures de surveillance administrative, ou judiciairiser le traitement de ce type d'informations, sont des décisions qui ne peuvent relever de la seule discrétion des services de renseignements. Elles doivent s'intégrer dans une politique globale de lutte contre le terrorisme et notamment les filières djihadistes et l'autorité judiciaire doit donc être associée à ces choix, et non pas informée *a posteriori*. Il en va de la cohérence et de l'efficacité du traitement global de la menace terroriste.

Les craintes relatives à ces éventuelles interférences ont donné lieu à des évolutions rédactionnelles devant l'Assemblée, que l'USM avait réclamées, telle l'information du procureur de la République. Il est également prévu l'abrogation de toute mesure administrative prise à l'encontre d'une personne faisant l'objet d'une procédure pénale. Pour autant, l'USM déplore la faible qualité rédactionnelle de ce texte qui n'est pas de nature à lever les ambiguïtés.

Le risque d'interférence avec des enquêtes en cours demeure et justifie à lui seul que ces dispositions soient supprimées.

Dans l'hypothèse où le législateur jugerait néanmoins nécessaire de compléter l'actuel dispositif législatif, l'USM estime que la création d'un délit spécifique sanctionnant le fait de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes permettrait de répondre à l'ensemble des objectifs mis en avant par les promoteurs du projet de loi, de manière autrement plus efficace et cohérente que la mesure administrative envisagée.

**La création d'un délit spécifique :** le Sénat a voté en première lecture le 02 février 2016 une proposition de loi (texte n°79 2015-2016) visant à réprimer pénalement, dans le cadre de la législation antiterroriste, le fait « *d'avoir séjourné intentionnellement à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes afin d'entrer en relation avec un ou plusieurs de ces groupements, en l'absence de motif légitime* » (article 12 de la PPL).

La création d'un tel délit répondrait à la critique du « vide juridique » mis en avant par les promoteurs du texte. En fonction des autres informations recueillies, le comportement des personnes relevant d'un tel théâtre d'opérations de groupements terroristes, correspondrait à nécessairement à un délit : soit celui d'association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste, soit celui d'entreprise individuelle terroriste, soit a minima ce nouveau délit de déplacement sans motif légitime sur un théâtre d'opération de groupements terroristes.

L'autorité judiciaire serait donc nécessairement avisée par les services de renseignements en temps réel. Cette information immédiate et avant toute décision permettrait d'éviter toute interférence avec des enquêtes en cours.

Comme pour toute saisine judiciaire, le procureur de la République, en relation avec les services à l'origine des informations, serait ainsi en mesure d'apprécier s'il est opportun de procéder à l'interpellation immédiate de la personne concernée ou de procéder plutôt à des investigations complémentaires (lesquelles pourront, le cas échéant, permettre de caractériser une infraction d'une plus grande gravité).

Enfin, cette création d'un délit de nature pénale permettrait d'assurer une plus grande protection des libertés individuelles tout en garantissant une meilleure protection sociale pour limiter des passages à l'acte des personnes concernées.

Un cadre pénal implique en effet que les informations qui fondent la procédure seront traitées dans un cadre contradictoire, garant de la présomption d'innocence. Les informations transmises devront donc être suffisamment détaillées, précises et probantes pour justifier une éventuelle mise en examen et des mesures coercitives à l'encontre de la personne visée.

A l'inverse, si les éléments transmis à l'autorité judiciaire dans le cadre de cet éventuel nouveau délit étaient suffisamment probants, les mesures provisoires susceptibles d'être prises par l'autorité judiciaire seraient autrement plus coercitives et donc plus efficaces (détention provisoire, assignation à résidence sous surveillance électronique, contrôle judiciaire) pour prévenir un passage à l'acte que celles réalisables dans le cadre d'un arrêté administratif. Même si un placement en détention provisoire n'était pas décidé, une mesure de contrôle judiciaire pourrait être imposée aussi longtemps que nécessaire dans le cadre de l'enquête pénale avec des obligations beaucoup plus contraignantes que celles envisagées dans le cadre d'une mesure administrative.



### **1.1.2 - Procédure de retenue administrative à l'occasion d'un contrôle d'identité pour la prévention du terrorisme (art. 18)**

L'article 18 du projet de loi prévoit la création d'une « *retenue administrative à l'occasion d'un contrôle d'identité* ».

Cette procédure semble également correspondre à une demande des services de renseignements. Ces derniers auraient fait valoir que, après les attentats du 13 novembre 2015, un individu soupçonné d'y avoir pris part aurait incidemment fait l'objet d'un contrôle d'identité quelques heures après leur commission. Aucun lien n'était alors établi entre cette personne et les attentats. L'intéressé ayant justifié de son identité durant le contrôle, il avait été laissé libre. Aucun support légal n'aurait justifié qu'il soit retenu.

Les services de renseignement souhaiteraient donc, à travers cette procédure nouvelle, que puisse être créé un cadre juridique justifiant de retenir quatre heures une personne qui aurait pourtant justifié de son identité, alors même qu'elle ne serait pas en garde-à-vue, car aucune infraction ne lui serait reprochée. Ce délai aurait pour but d'effectuer une vérification approfondie de sa situation, notamment par la consultation des différents fichiers prévus à l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978.

Sous couvert d'efficacité, ce dispositif est éminemment dangereux, contrevenant à des principes basiques dans une démocratie. La rédaction du texte est en outre incohérente au regard des objectifs annoncés.

#### **Un dispositif dangereux au plan des principes**

En l'état de la législation, toute personne se trouvant sur le territoire national est tenue de se soumettre à un éventuel contrôle d'identité.

Les contrôles d'identité, qui sont tous placés sous le contrôle de l'autorité judiciaire (article 78-1 du code de procédure pénale) ainsi que l'a rappelé régulièrement le Conseil constitutionnel, relèvent de plusieurs régimes.

Ainsi, on distingue:

- les contrôles de nature « judiciaire » prévus à l'article 78-2, alinéa 1 à 5 du code de procédure pénale, effectués d'initiative par des OPJ ou APJ. Ils sont en lien avec la situation ou le comportement de la personne et sont complétés le cas échéant par une « visite » du véhicule de l'intéressé (art. 78-2-3). C'est sur ce fondement que peuvent être contrôlées les personnes à l'encontre desquelles il existe « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle ont commis ou tenté de commettre une infraction* ».
- les contrôles requis par le procureur de la République mais à visée préventive, prévus par l'article 78-2, alinéa 6, les contrôles requis de l'article 78-2-1 visant la lutte contre l'économie souterraine, les contrôles requis de l'article L 3421-5 du code de la santé publique (préalables à des vérifications sur un éventuel usage de stupéfiants) .
- les contrôles requis par le procureur de la République à double visée (contrôle d'identité et visite de véhicules), prévus à l'article 78-2-2 du code de procédure pénale.

- les contrôles d'initiative de police administrative, pour prévenir des troubles à l'ordre public (article 78-2 alinéa 7)... ceux-ci pouvant le cas échéant être également complétés par des visites de véhicules (article 78-2-4) avec l'accord de la personne ou, à défaut, avec l'autorisation du procureur.
- les contrôles aux frontières et zones d'accès au territoire national (article 78-2, 8ème alinéa).

Quel que soit le motif du contrôle d'identité, la personne ne peut être retenue que dans trois hypothèses :

- la personne contrôlée ne peut justifier son identité ou refuse de le faire ;
- les opérations de contrôle permettent de révéler que la personne fait l'objet d'un mandat d'arrêt ou d'un mandat d'amener ;
- les opérations font apparaître incidemment l'existence d'une infraction justifiant le placement en garde-à-vue de la personne.

Hors ces trois hypothèses, la personne ne peut en aucune manière être retenue. Il s'agit de la **conséquence logique des règles de l'*habeas corpus* dans une démocratie : pas d'arrestation sans cause**. Ce qui est prévu par le projet de loi contrevient à ce principe démocratique fondamental.

La situation envisagée par le projet de loi ne se rapproche d'aucune des causes justifiant actuellement de retenir une personne ainsi contrôlée :

- *La personne contrôlée ne peut justifier de son identité ou refuse de le faire* : elle peut alors se voir appliquer le régime de la vérification d'identité prévu à l'article 78-3 du code de procédure pénale. Présentée à un OPJ, elle peut être retenue 4 heures. Cela vaut également pour les personnes étrangères circulant sur le territoire et tenues de justifier de la régularité de leur situation. Ce n'est que dans l'hypothèse où elles refuseraient ou seraient dans l'incapacité de le faire qu'elles peuvent être placées en retenue pour vérification (art. L 611-1 du CESEDA).

Dans ces deux hypothèses, la retenue est légitimée par l'inobservation d'une obligation légale, celle de justifier de son identité d'une part, celle de justifier de la régularité de son séjour d'autre part. En l'occurrence, les personnes visées par le projet de loi n'auraient commis aucun manquement à une obligation.

- *L'existence d'un mandat délivré à l'encontre de la personne* : si la consultation des fichiers effectuée lors d'un contrôle d'identité, notamment la consultation du fichier des personnes recherchées (FPR), fait apparaître qu'un ordre d'arrestation a été délivré par l'autorité judiciaire (mandat d'arrêt, mandat d'amener, etc.), la personne est immédiatement placée en retenue, afin de vérifier la validité du mandat et les conditions dans lesquelles le mandat pourra être ramené à exécution.

La consultation du FPR ne dure que quelques minutes soit grâce à des terminaux embarqués, soit en appelant le service. Il serait donc inexact d'imaginer que les services de police ou de gendarmerie auraient besoin de plusieurs heures pour la consultation de ces fichiers. La « *vérification approfondie* » évoquée par le texte n'aura donc jamais pour effet de découvrir que la personne fait l'objet d'un mandat quelconque. Tous les mandats sont inscrits au fichier des personnes recherchées. Si tel est le cas, les services procédant au contrôle le savent donc en quelques minutes. Il n'est donc nul besoin de modifier l'état des textes pour cela.

- *La découverte, à l'occasion du contrôle d'identité, de la possible implication de la personne contrôlée dans la commission d'une infraction, peut justifier de son placement en garde-à-vue* : les opérations de contrôles peuvent permettre de constater incidemment la possible implica-

tion de la personne contrôlée dans un crime ou un délit, ces faits pouvant être ou non en lien avec les motifs initiaux du contrôle (l'individu contrôlé est porteur d'une arme, par exemple).

**En conséquence, de manière inédite, le projet de loi prévoit de créer une « retenue administrative », consécutive à un contrôle d'identité à l'encontre d'une personne qui aurait d'une part justifié de son identité, qui ne ferait d'autre part l'objet d'aucun ordre d'interpellation et alors enfin que le contrôle n'aurait fait apparaître aucune infraction incidente.**

**L'USM est donc résolument opposée à l'adoption de cette mesure qui, hors période d'état d'urgence, crée un régime de retenue absolument dérogatoire du droit commun, de nature à générer des abus évidents.**

**Un texte incohérent tant au regard de sa rédaction que des objectifs annoncés :**

**Le texte n'aurait vocation à s'appliquer qu'à certaines personnes, fichées S,... mais est rédigé de telle façon que son champ d'application est non clairement défini.**

Dans l'étude d'impact, il est indiqué qu'en réalité ce dispositif serait destiné à s'appliquer aux personnes « fichées S ». Il est à cet égard particulièrement regrettable de constater qu'il existe un fossé entre l'objet réel annoncé (« la vérification de la situation de certaines personnes fichées S ») et la rédaction beaucoup plus large et plus floue du texte, ce dernier ne faisant notamment pas clairement apparaître cette notion de fichage préalable au contrôle.

L'étude d'impact précise en outre qu'il conviendrait de **distinguer deux types de fiches S** et que seules les personnes relevant d'un certain type de fiches S seraient concernées.

Les dispositions relatives à la retenue n'auraient vocation à s'appliquer qu'à des personnes « *devant être localisées rapidement* », pour lesquelles « *un contact immédiat avec le service à l'origine de la demande serait nécessaire pour prendre des instructions* », afin « *d'assurer la surveillance efficace de ces personnes et prévenir leur passage à l'acte* ».

La retenue ne serait en revanche pas décidée pour les personnes, également fichées S, devant quant à elle faire l'objet d'une surveillance discrète. Dans ce second cas, les services de police et de gendarmerie doivent alors, « *sans alerter la personne contrôlée* », contacter le service à l'origine de l'inscription de la personne au fichier. L'avis au service émetteur de la fiche doit intervenir rapidement et vise uniquement à l'informer de la présence de la personne contrôlée à tel endroit, des personnes l'accompagnant, du véhicule éventuellement utilisée... Cette pratique peut se poursuivre sans difficulté, à droit constant puisque, par définition, la discrétion vis-à-vis des personnes concernées implique de ne pas les aviser de cette surveillance. Il n'est donc nul besoin d'une mesure de retenue.

S'agissant de la première catégorie de personnes, « à retenir », l'étude d'impact indique de manière surprenante, que des retenues seraient d'ores et déjà pratiquée, sans texte, mais que cela pourrait être assimilé « à un détournement de procédure »...

Plutôt que d'envisager de changer ces pratiques, les promoteurs du texte estiment préférables de changer la loi. Ils le justifient par le fait que les personnes concernées seraient, selon l'étude d'im-

pact, « *prêtes à passer à l'acte* »... Argument de la peur qui ne résiste pas à l'analyse : s'il est établi que ces personnes sont « *prêtes à passer à l'acte* », rien n'interdisait de judiciaireiser cette situation...

De même, les défenseurs de ce texte indiquent que cette mesure permettrait, en cas de contrôle à la frontière, de pouvoir mettre en place en urgence une mesure administrative d'interdiction de sortie du territoire. Mais, si elle était effectivement nécessaire, pourquoi n'avait-elle pas été mise en oeuvre antérieurement?...

En réalité, l'économie de cette disposition vise à permettre à des services de renseignement qui auraient choisi à tort de ne pas judiciaireiser une situation pourtant grave (puisque concernant des personnes *prêtes à passer à l'acte*) et qui auraient néanmoins « *perdu de vue* » la personne concernée, de se rattraper *in extremis* si cette dernière était contrôlée inopinément.

Alors que les services de renseignement ont obtenu des pouvoirs techniques extraordinaires, votés lors de la loi du 24 juillet 2015, il est incompréhensible qu'ils demandent désormais au législateur de les doter d'un « *filet de sécurité juridique* » leur permettant de continuer à traiter des situations graves qui devraient donner lieu à saisine de l'autorité judiciaire.

Il sera rappelé que, saisis de la situation de personnes « *prêtes à passer à l'acte* », le procureur de la République et le juge d'instruction peuvent très rapidement délivrer des mandats de recherche impliquant interpellation et placement en garde-à-vue. Le juge d'instruction peut également délivrer des mandats d'arrêts, le cas échéant avec diffusion internationale. En conséquence, il existe des instruments juridiques permettant de répondre à ce types de situations, dans le respect des droits fondamentaux, sans qu'il soit besoin de créer un outil sur-mesure pour des services de renseignements qui auraient fait le choix de contourner l'autorité judiciaire.

### **Un texte qui prétend faussement justifier l'arrestation de la personne par son « comportement »**

Le fossé évoqué entre l'objet réel de la disposition envisagée (« *retenir certains fichés S* ») et la rédaction du texte se traduit par une rédaction incohérente qui laisse croire, à tort, que ce serait le comportement de la personne qui justifierait sa retenue.

Sur ce point, il convient de rappeler que, si le comportement de la personne, lors du contrôle, était de nature à laisser présumer un lien avec une activité terroriste, il existe d'ores et déjà des dispositions permettant d'y répondre, celles relatives à la garde-à-vue.

En effet, le placement en garde-à-vue d'une personne est possible dès lors (article 62 du CPP) qu'il « *existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit...* ».

L'article 18 du projet de loi prévoit quant à lui que la retenue s'appliquerait aux personnes, faisant l'objet d'un quelconque contrôle d'identité (donc éventuellement indépendamment de leur comportement), à l'encontre desquelles il « *existe (par ailleurs) des raisons sérieuses de penser que (leur) comportement est lié à des activités à caractère terroriste* ».

Si le comportement de la personne, c'est-à-dire son attitude lors du contrôle ou les éléments extérieurs attachés à sa personne (transport de tracts faisant l'apologie du terrorisme par exemple), permet de faire un lien avec des activités à caractère terroriste, l'intéressé n'a pas à faire l'objet d'un

contrôle d'identité ou d'une retenue : il doit être placé en garde-à-vue sur le fondement de l'article 62 du CPP. Nul besoin des dispositions envisagées.

En réalité, et l'étude d'impact est très claire sur ce point, **ce n'est pas le comportement de la personne qui motiverait la retenue mais son inscription préalable sur un fichier administratif et les consignes inscrites sur ce fichier**. En conséquence, ce n'est pas l'agent à l'origine du contrôle qui prendra l'initiative de la retenue par une analyse du comportement extérieur de la personne puisqu'il se contentera d'appliquer des consignes de nature administrative définies préalablement au contrôle.

Si le législateur devait adopter cet article, il déléguerait donc de fait à une autorité administrative le pouvoir d'émettre, sans contrôle et *a priori*, un ordre d'arrestation. Cette délégation, dont la constitutionnalité est douteuse, serait inédite dans notre droit.

C'est en effet l'autorité administrative seule qui décide de l'inscription d'une personne sur le fichier des personnes recherchées au titre des fiches S et lesquelles devraient faire l'objet de cette retenue. En l'absence de tout contrôle en amont de cette décision d'inscription et de placement en retenue, des abus multiples sont possibles.

### **Les fausses garanties du texte**

Le texte initial a fait l'objet d'amendements divers censés répondre aux inquiétudes multiples manifestées contre ces dispositions:

- il a ainsi été précisé notamment que « *la retenue ne peut donner lieu à audition* » ;
- que « *le procureur de la République est informé sans délai* » ;
- que ce dernier « *peut mettre fin à tout moment à la retenue* ».

Les députés ont par ailleurs octroyé des droits à la personne, notamment celui de faire prévenir une personne de son choix, étant précisé que l'officier de police judiciaire pourrait décider de contacter lui-même cette personne.

En fait, les premiers amendements correspondent à des évidences n'apportant pas de garanties réelles :

- Pas d'audition, certes, mais sur quoi entendre une personne à qui on ne reproche rien, et à l'encontre de laquelle n'est ouverte aucune procédure?
- Une information systématique du procureur de la République mais cette information n'apporte aucune garantie dès lors que le procureur n'est pas avisé des motifs « justifiant » le placement en retenue et ne contrôle pas la pertinence de cette mesure. Il peut tout au plus contrôler (?) le respect du délai, ce qui est minimaliste.

Le caractère incohérent du dispositif est par ailleurs révélé par le droit octroyé à la personne retenue de prévenir une personne de son choix.

En effet, conscient que priver de droits une personne ainsi retenue serait d'une constitutionnalité douteuse et en contradiction évidente avec les normes européennes, les députés ont admis que la personne retenue pouvait prévenir un tiers... Ils ont interrompu en séance publique l'étude des amendements sur ce point lorsqu'ils ont constaté que cela revenait, de fait, à permettre à la personne présentée comme dangereuse, « prête à passer à l'acte », d'aviser un éventuel complice de son interpellation... Le gouvernement, en la personne du ministre de l'Intérieur, a admis en séance publique qu'il s'agissait là d'une difficulté que les travaux devant le Sénat devraient solutionner.

Pour l'USM, la solution à cette difficulté est simple : la judiciarisation préalable de ce type de situation.

Le degré de dangerosité de la personne n'est en effet pas révélé par son contrôle d'identité. Il est déterminé en amont, grâce aux renseignements administratifs recueillis.

Soit la personne relève d'une surveillance administrative discrète, n'impliquant pas d'interpellation, auquel cas aucun texte nouveau n'est nécessaire.

Soit les renseignements collectés établissent un risque réel de passage à l'acte, auquel cas cela signifie ipso facto que ces éléments justifient la saisine de l'autorité judiciaire, qui dispose de tous les moyens juridiques pour faire interpellé la personne, y compris en fuite.

**La création de ce régime dérogatoire est donc à la fois dangereuse au plan des principes, inutile et source de confusion. L'USM demande donc la suppression de l'article 18 du projet de loi.**

## **1.2 - Dispositions concernant certaines professions (avocats, parlementaires, magistrats)**

### **1.2.1 - De nouvelles modalités de mise sur écoutes téléphoniques et plus particulièrement concernant certaines professions (avocats, parlementaires, magistrats) (art. 25)**

#### **Un meilleur encadrement des écoutes téléphoniques, en général (durée limitée, motivation)**

Le projet de loi prévoit, s'agissant des écoutes ordonnées par le juge d'instruction, que ces dernières seront désormais ordonnées dans le cadre d'une « décision motivée ». Ces interceptions de communication ne pourront, par période de quatre mois, être ordonnées que pour une durée maximale d'un an (deux ans en matière de criminalité organisée). Jusqu'à présent, le texte prévoyait que la mesure durait quatre mois et pouvait être renouvelée « dans les mêmes conditions de durée ». Le texte ne précisait pas de durée maximale.

S'agissant de mesures d'investigation qui portent une atteinte grave à la vie privée, l'USM n'a pas d'opposition de principe quant à ces dispositions qui sont équilibrées et ne nuisent pas à l'efficacité des enquêtes.

#### **Il en va différemment d'une disposition du projet de loi renforçant le régime dérogatoire relatif aux interceptions de communication effectuées envers un suspect appartenant à l'une des professions protégées visées à l'article 100-7 du code de procédure pénale (avocat, parlementaire ou magistrat).**

En l'état des textes, les interceptions de communications d'une de ces personnes ne peuvent, à peine de nullité, être ordonnées qu'après avis respectif du bâtonnier, du président de l'assemblée concernée, du chef de cour.

Le projet de loi prévoit que les interceptions de communication relatif à ces personnes ne pourront désormais être ordonnées que :

- « lorsqu'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne a participé, comme auteur ou complice, à la commission de l'infraction », ces raisons devant apparaître dans l'ordonnance motivée décidant ce placement sur écoutes;
- après ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention (JLD), lui-même saisi par ordonnance motivée du juge d'instruction.

### **Une motivation spécifique :**

S'agissant de l'obligation faite de limiter ces écoutes aux seules situations pour lesquelles « *il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne a participé, comme auteur ou complice, à la commission de l'infraction* », l'USM n'a pas d'opposition particulière à faire valoir, dans la mesure où cette obligation est déjà prise en compte par la jurisprudence relative au placement sur écoutes des avocats.

L'USM rappelle que la possibilité de placer sur écoute un avocat, sous réserve qu'il soit suspecté d'être impliqué dans une infraction pénale, ressort également clairement d'une directive européenne du 22 octobre 2013 qui indique dans son considérant n°33 « *La confidentialité des communications entre les suspects ou les personnes poursuivies et leur avocat est fondamentale pour garantir l'exercice effectif des droits de la défense et constitue un aspect essentiel du droit à un procès équitable. Les États membres devraient donc respecter la confidentialité des rencontres et de toute autre forme de communication entre l'avocat et le suspect ou la personne poursuivie lors de l'exercice du droit d'accès à un avocat prévu par la présente directive, sans dérogation. La présente directive s'entend sans préjudice des procédures prévues dans les cas où il existe des éléments objectifs et concrets selon lesquels l'avocat est soupçonné d'être impliqué, avec le suspect ou la personne poursuivie, dans une infraction pénale. Toute activité criminelle de la part d'un avocat ne devrait pas être considérée comme une assistance légitime apportée aux suspects ou aux personnes poursuivies dans le cadre de la présente directive* ».

L'USM n'est donc pas opposée à ce que le placement sur écoute de certaines professions : avocats, parlementaires et magistrats, soit soumis à la constatation préalable de raisons plausibles de soupçonner la participation à la commission d'une infraction, ces raisons étant rappelées dans la décision motivée ordonnant ce placement sur écoutes.

### **Une inadmissible défiance envers le juge d'instruction :**

**En revanche, l'obligation faite au juge d'instruction de saisir un autre magistrat du siège, le JLD, pour obtenir de ce dernier une décision de placement sur écoutes est strictement inadmissible.**

Autant il est absolument légitime que, en enquête préliminaire, les actes d'investigation les plus attentatoires aux libertés ne puissent pas être mis en œuvre par le parquet sans autorisation du JLD, et ce en raison de la différence de statut de ces magistrats, autant le juge d'instruction, qui bénéficie du même statut que le juge des libertés et de la détention, ne doit pas être soumis au contrôle de ce dernier s'agissant de l'opportunité d'ordonner tel ou tel acte.

En l'état des textes, le juge d'instruction bénéficie même de garanties statutaires supérieures au juge des libertés et de la détention, puisqu'il est nommé par décret et ne peut donc pas être déchargé de ses fonctions de manière discrétionnaire, alors que le juge des libertés et de la détention ne se voit confier cette charge que par décision du président de la juridiction, charge qui peut lui être retirée du jour au lendemain, sans motivation et sans qu'il puisse le contester.

L'adoption de cette disposition porte en germe un bouleversement de l'architecture de la procédure pénale: elle tendrait à transformer le juge des libertés et de la détention, actuellement garant du respect des libertés et de la procédure, en juge de l'enquête.

L'USM est strictement opposée à une telle évolution qui, bien davantage que l'évolution des prérogatives du parquet envisagée dans le projet de loi, porterait un coup fatal au juge d'instruction.

Comment justifier le maintien de la juridiction de l'instruction si ces magistrats du siège devaient à l'avenir, pour ordonner tel ou tel acte d'enquête, saisir un autre magistrat du siège, qui apprécierait l'opportunité de faire ou non droit à leur demande... A terme, si l'on confie au juge des libertés et de la détention le pouvoir de décider d'interceptions téléphoniques vis-à-vis de certains professionnels, il sera en effet tentant d'étendre ce pouvoir soit à d'autres professionnels (journalistes, médecins, etc.), soit à d'autres actes (perquisitions, sonorisations, etc.).

En réalité, vouloir déposséder le juge d'instruction du pouvoir d'ordonner une mesure d'écoute téléphonique concernant certaines professions, alors que le projet de loi vient déjà renforcer le mécanisme en exigeant une motivation générale et une motivation spécifique sur l'existence de raisons plausibles de soupçonner la participation à une infraction, s'apparente à une mesure de défiance qui vient gravement fragiliser la fonction-même de l'instruction, sous prétexte de « renforcer son indépendance » (sic).

En outre, le JLD qui aura décidé d'une interception des télécommunications d'un avocat, magistrat ou parlementaire pourra ensuite être amené à statuer sur une demande de placement en détention provisoire à l'encontre de cette personne. Il se retrouvera alors en position de celui qui a ordonné un acte d'enquête et celui qui décide de la détention provisoire, situation que la loi du 15 juin 2000 a entendu supprimer.

Le reste des dispositions (une ordonnance spécialement motivée, indiquant quelles sont les « raisons plausibles de soupçonner » que cette personne a « participé comme auteur ou complice à la commission de l'infraction » ) sont de nature à objectiver l'opportunité, en terme d'acte d'enquête, du placement sur écoutes.

La motivation servira *a posteriori*, le cas échéant, de support à une éventuelle contestation devant la chambre de l'instruction qui pourra vérifier que « *les raisons plausibles (...)* » étaient bien réunies au moment du placement sur écoutes. L'absence pure et simple de motivation impliquera la nullité de l'acte et la chambre de l'instruction pourra censurer les placements sur écoutes insuffisamment justifiés.

Ces dispositions garantissent donc à elles-seules, sans qu'il soit nullement besoin d'un recours au juge des libertés et de la détention, un équilibre entre l'efficacité de l'enquête, les droits de la défense et la protection spécifique attachée à la qualité des personnes concernées.

**L'USM demande donc fermement que l'article 25 du projet de loi soit amendé pour faire disparaître l'obligation imposée au juge d'instruction de saisir le juge des libertés et de la détention.**

**La communication de l'ordonnance motivée : un inacceptable risque d'atteinte au secret de l'instruction :**



Il est légitime, en raison du rôle qui leur est assigné respectivement, que le bâtonnier de l'ordre, le président d'une assemblée parlementaire ou le chef d'une cour d'appel soient avisés du placement sur écoute d'un avocat, d'un parlementaire ou d'un magistrat. C'est l'état actuel du droit.

Par ailleurs, l'USM a indiqué qu'elle était favorable à ce que l'ordonnance du juge mettant en œuvre cette mesure soit motivée, pour les raisons évoquées ci-dessus.

Pour autant, il ne peut être sérieusement envisageable que les bâtonniers, présidents d'assemblée parlementaires ou chefs de cours concernés soient destinataires de l'ordonnance motivée, dans la mesure où cette motivation devra nécessairement faire apparaître les éléments de faits, recueillis lors de l'enquête.

Le simple fait qu'un avis de placement sur écoutes soit adressé a déjà donné lieu dans le passé, dans divers cas, à de forts soupçons de fuite, justifiés ou non. Qu'en serait-il si c'était l'ordonnance motivée qui était transmise ?

Rien ne justifie que ces personnes soient avisés du fond du dossier, *a fortiori* en cours d'enquête. Si le texte était maintenu en l'état, il serait de toute évidence perçu comme un moyen d'empêcher l'aboutissement des enquêtes impliquant un avocat, un magistrat ou un parlementaire.

**L'USM demande donc expressément que cette disposition soit amendée pour que le bâtonnier de l'ordre, le président d'une assemblée parlementaire ou le chef d'une cour d'appel restent destinataires d'un simple avis de placement sur écoute de la personne concernée et non de l'ordonnance motivée elle-même.**

### **1.2.2 - Création d'une apparente immunité pour les parlementaires, avocats, magistrats (art. 2 bis et 25 bis A)**

L'article 2 bis du projet de loi insère un article 706-104 du code de procédure pénale, situé à la fin du chapitre consacré à l'ensemble de la procédure applicable en matière de criminalité organisée. Il dispose qu' « aucune des mesures prévues au présent chapitre ne peut être ordonnée à l'encontre d'un parlementaire, d'un magistrat, d'un avocat ou d'un journaliste à raison de l'exercice de son mandat ou de sa profession ».

De même, l'article 25 bis A prévoit une interdiction de même nature pour la mise en place de mesures de géolocalisation « à l'encontre d'un parlementaire, d'un magistrat, d'un avocat ou d'un journaliste à raison de l'exercice de son mandat ou de sa profession » (création d'un article 230-44-1 du code de procédure pénale).

Il ressort des débats devant l'Assemblée nationale que ces dispositions, introduites par voie d'amendements, viseraient simplement à rappeler la jurisprudence en la matière et à affirmer la protection des valeurs attachées à ces différentes fonctions.

Or, cette protection n'est ni générale, ni absolue. Ainsi que cela a été rappelé pour les dispositions relatives au placement sur écoutes, la jurisprudence et les normes européennes sont limpides : tous les actes d'enquête relatifs à une personne exerçant une fonction « protégée » sont possibles dès lors qu'il existe des indices rendant plausibles de suspecter que cette personne est impliquée dans une infraction pénale.

**La rédaction de ces articles est donc incomplète et, de ce fait, critiquable puisque la jurisprudence n'est pas réellement intégrée dans le texte envisagé, de sorte qu'elle est totalement dénaturée.**

Il est en effet évident que les mesures d'investigation en question ne peuvent être mises en œuvre « à l'encontre d'un parlementaire, d'un magistrat, d'un avocat ou d'un journaliste à raison de l'exercice de son mandat ou de sa profession » mais cette interdiction de principe doit comporter une exception de taille : « *sauf s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne a pu participer comme auteur ou complice à la commission des infractions objets de l'enquête* ».

Il est donc impératif d'amender ces dispositions pour redonner au texte le sens qui est censé être le sien: à défaut, cela reviendrait à créer une véritable et inadmissible immunité pour les personnes exerçant ces professions ou ces mandats.

Il est à noter que ces dispositions, même amendées, resteraient quelque peu incohérentes : elles sont censées en effet avoir une portée générale et sont pourtant placées dans une partie du code relative à la criminalité organisée et aux actes d'enquêtes pouvant être diligentés en cette matière.

Ainsi, la prolongation d'une garde-à-vue d'un avocat au-delà de 48 heures dans le cadre d'une affaire de criminalité organisée serait couverte par les nouvelles dispositions mais ce ne serait pas le cas du placement en garde-à-vue ou de la prolongation de cette mesure dans une affaire de droit commun.

**Dans la mesure où ces textes, très imparfaits et sans réelle portée concrète, ont pour seul but de rappeler l'état de la jurisprudence et des normes européennes, le plus sage serait sans doute de les supprimer purement et simplement, ce qui ne modifierait rien à l'état du droit, éviterait toute confusion et préviendrait tout risque de polémique inutile.**

### **1.3 - Extension des possibilités de conversion des peines fermes qui pourraient être converties en peine d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve ou en peine de contrainte pénale (art. 32 H)**

Ces dispositions ont été introduites par un amendement de la rapporteure de la commission des lois de l'Assemblée nationale. Il n'y a eu aucun débat en séance publique sur le fond du texte.

L'USM le regrette car il s'agit pourtant de dispositions très contestables venant modifier en profondeur la procédure de conversion de peine.

En l'état des textes, le juge de l'application des peines (JAP) peut être saisi aux fins d'aménagement d'une peine ou aux fins de conversion d'une peine.

L'aménagement aura pour objet, lorsqu'il est envisageable et souhaitable de définir des conditions d'application de la peine ferme prononcée aux fins de concilier la sanction, le sens de peine et la situation personnelle du condamné, d'éviter une désocialisation que pourrait provoquer une peine exécutée sans ce type de mesure.

Les mesures d'aménagement peuvent correspondre par exemple à l'octroi d'une mesure de semi-liberté ou à un placement sous surveillance électronique.

La conversion de peine consiste quant à elle en la possibilité donnée au JAP de convertir une peine ferme en une autre peine, d'une nature radicalement différente de la peine prononcée.

En l'état des textes, la mesure de conversion peut consister à convertir une peine ferme en peine de sursis avec obligation d'effectuer un travail d'intérêt général ou en peine de jours-amende.

La conversion n'est par ailleurs possible que pour une peine d'un quantum de 6 mois. La jurisprudence a par ailleurs précisé que, dans l'hypothèse de condamnations multiples, si le cumul des peines dépassait ce quantum de 6 mois, la demande de conversion n'était pas recevable (Cour de cassation, Chambre criminelle 03 septembre 2014).

Les dispositions de l'article 32 H visent d'une part à revenir sur cette limite : en cas de cumul de condamnations, les demandes de conversion seraient recevables dès lors que chaque peine prise isolément n'excéderait pas 6 mois.

Surtout, le juge de l'application des peines pourrait désormais convertir les peines fermes en mesures de contraintes pénales ou en peines d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve.

Ces diverses dispositions suscitent l'opposition de l'USM.

Le principe même d'une mesure de conversion est très dérogoire. Pour être perçue comme légitime, cette mesure doit répondre à deux éventualités :

- le tribunal était dans l'impossibilité de prononcer la mesure qui sera finalement appliquée,
- la situation de la personne condamnée a radicalement changé entre le moment où a été prononcée la condamnation et le moment où celle-ci est ramenée à exécution.

#### ***1/ Le tribunal était dans l'impossibilité de prononcer la mesure qui sera finalement appliquée***

Ainsi, en l'état des textes, un travail d'intérêt général ne peut pas être prononcé à l'encontre d'une personne qui n'est pas physiquement présente à l'audience puisque l'intéressé doit accepter expressément le principe de cette peine (cette situation va être revue par le présent projet de loi. La personne absente pourra écrire ou se faire représenter pour faire connaître son accord).

Il existe ainsi de très nombreuses situations où la juridiction de jugement prononce une courte peine d'emprisonnement parce qu'elle ne peut juridiquement pas prononcer un emprisonnement avec sursis comprenant l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général. Il est donc légitime que cette conversion soit possible au stade de l'application de la peine (cette légitimité de la conversion sera moindre en cas de modification législative, puisque le tribunal pourra désormais prononcer ce type de mesure en l'absence de la personne condamnée).

De même, s'il n'est pas juridiquement impossible de prononcer une peine de jours-amende en l'absence de la personne condamnée, les juridictions sont parfois réticentes à les prononcer dans ce cas, faute d'éléments suffisants pour apprécier les revenus du condamné.

Ces situations ne correspondent nullement aux peines d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve ou aux contraintes pénales. En effet, les juridictions de jugement peuvent parfaitement prononcer de telles peines, que le prévenu soit présent ou non.

Si elles ne le font pas, cela relève de leur pouvoir d'appréciation sur la peine la plus adaptée au cas d'espèce et notamment à la personnalité du condamné. En d'autres termes, les juridictions de juge-

ment ont choisi de ne pas prononcer une mesure de mise à l'épreuve ou une contrainte pénale, estimant ces peines inadaptées. Quelle serait la légitimité de la décision prise par le juge de l'application des peines s'il décidait peu après le prononcé de la peine ferme de convertir cette dernière en une mesure de mise à l'épreuve ou en contrainte pénale, peines pourtant expressément écartées par la juridiction de jugement (qui pourra par ailleurs être une juridiction de première instance, mais également une juridiction d'appel, ou encore une juridiction statuant à juge unique ou en collégialité) ?

## ***2/ La situation de la personne condamnée a radicalement changé entre le moment où a été prononcée la condamnation et le moment où celle-ci est ramenée à exécution***

Seule cette circonstance de temps est de nature à légitimer pleinement une mesure de conversion de peine.

S'il s'est écoulé un délai important entre le prononcé de la peine et son exécution, l'éventuel changement dans la situation du condamné peut, le cas échéant, rendre légitime la conversion d'une peine ferme en une autre, hier inadaptée, aujourd'hui opportune.

Or, le texte ne prévoit aucune limite de cette nature. Si du temps s'est écoulé entre la condamnation et sa mise à exécution, cela n'implique pas *ipso facto* que la situation du condamné a changé et qu'une conversion de peine serait nécessairement opportune. Il appartient au juge de l'application des peines de le vérifier.

**En revanche, s'il ne s'est écoulé que très peu de temps entre la condamnation et sa mise à exécution, rien ne justifie que la condamnation soit convertie.** Elle peut être aménagée, sans que cela soit de nature à dénaturer le sens de la décision prise par la juridiction de jugement. Mais comment légitimer une conversion dans ces conditions ?

**L'USM estime donc que les dispositions de l'article 32 H devraient faire l'objet d'un amendement de suppression ou, *a minima*, d'un amendement intégrant, pour toutes les mesures de conversion, un délai minimal significatif entre le prononcé du jugement et une possible saisine du juge de l'application des peines aux fins de conversion.**

**La recevabilité de demandes portant sur des peines multiples dont le cumul est supérieur à 6 mois serait très excessif. Au regard du caractère très dérogoire de ce type de décisions, le dépassement de ce plafond de six mois serait de nature à ôter aux peines prononcées leur cohérence et leur sens.**

## **2 – Les propositions suscitant des réserves**

### **2.1 - Introduction du contradictoire dans certaines enquêtes (art. 24)**

L'objectif initial du projet de loi visait à répondre aux difficultés, largement évoquées par les travaux de la commission de modernisation du ministère public, présidée par Jean-Louis Nadal, ou par la mission Beaume, relatives aux enquêtes préliminaires longues.

#### **L'évolution du texte**

##### ***Le projet de loi initial***

Reprenant la préconisation du rapport Nadal tendant à introduire une phase de contradictoire à l'issue des enquêtes longues, l'article 24 du projet de loi prévoyait d'introduire du contradictoire dans les enquêtes préliminaire de plus d'un an.

Toute personne qui aurait fait l'objet d'une perquisition, d'une audition libre, d'une mesure de garde-à-vue ou d'une saisie pouvait, six mois après cet acte demander à consulter la procédure et faire des observations.

Dans cette hypothèse, le procureur de la République, s'il estimait « *la procédure en état d'être communiquée* », et sauf décision de classement, d'ouverture d'information ou de poursuite sur la base des dispositions de l'article 393 du code de procédure, avisait la personne en demande, son avocat (et les éventuelles victimes) qu'il mettait une copie de la procédure et qu'elle pouvaient faire des observations pendant un mois.

Si le procureur décidait de poursuivre l'enquête, et de faire procéder à un nouvel interrogatoire de la personne, celle-ci était avisée au-moins dix jours avant de cet interrogatoire et avait accès au dossier cinq jours avant.

Par ailleurs, avant ce délai d'un an, le procureur pouvait choisir de communiquer tout ou partie de la procédure aux personnes concernées.

Dans ces différentes hypothèses, si la personne concernée effectuait des demandes d'actes, le procureur appréciait la suite à leur donner.

##### ***Le texte issu des travaux de la commission des lois de l'Assemblée***

A l'initiative de la rapporteure, la commission des lois a amendé ce texte, modifiant totalement sa portée et créant un véritable monstre juridique, susceptible de bloquer totalement la chaîne pénale. En effet, le texte modifié prévoyait d'étendre ce contradictoire à toutes les enquêtes préliminaires.

A l'exception des défèrements, les dispositions impliquaient que le procureur ne pourrait plus engager la moindre poursuite sans avoir préalablement donné aux parties la possibilité d'accéder au dossier, d'en demander copie, de faire des demandes d'actes (y compris donc dans le cadre des compte-rendus en temps réel). Toutes les procédures, quels que soient les faits (contraventionnels ou délictuels), quelle que soit la durée de l'enquête ou la nature des poursuites envisagées (de l'ordonnance pénale à la COPJ), étaient concernées par ces dispositions. Celles-ci revenaient donc à créer une sorte « d'avis de fin d'information » généralisé à toutes les enquêtes préliminaires.

Aucune réflexion sur les conséquences matérielles générées par ce texte n'avait été engagée par le législateur. La question même de l'utilité de l'introduction systématique du contradictoire à ce stade des enquêtes n'a pas été évaluée par le législateur.

##### ***Le texte issu des amendements en séance***

Face au risque d'embolie pure et simple de la chaîne pénale, l'USM a attiré l'attention du gouvernement et des membres de la commission des lois de l'Assemblée nationale. Les conférences des procureurs et de procureurs généraux ont fait également connaître par la suite leur inquiétude.

Un amendement gouvernemental, pointant le risque d'une « *désorganisation complète de la chaîne pénale et d'un ralentissement majeur de la réponse judiciaire* » a permis de revenir sur l'écriture de cet article.

Dans son actuelle version, le texte prévoit le principe d'une introduction du contradictoire, pour les procédures portant sur des faits punis d'une peine privative de liberté.

Un droit d'accès au dossier aux fins d'observations éventuelles est reconnu aux personnes qui ont fait l'objet d'une mesure de garde-à-vue, d'audition libre ou qui ont subi une perquisition. Elles peuvent faire connaître leur souhait d'exercer ce droit six mois après les mesures exercées à leur encontre.

Ce droit n'est toutefois concrètement mis en œuvre que lorsque le procureur de la République estime l'enquête terminée et sous réserve qu'il envisage des poursuites à l'encontre de la personne concernée par la voie de la citation directe ou de la COPJ.

Dans cette hypothèse, la personne a accès au dossier directement ou par l'intermédiaire de son avocat. Elle peut formuler des observations pendant un mois, délai pendant lequel il ne peut être exercé de poursuite, hors ouverture d'information ou défèrement.

Le reste du texte initial est conservé dans son esprit et a fait l'objet de précisions rédactionnelles.

### **Observations sur la notion de contradictoire**

Au vu du parcours singulier qu'a connu ce texte devant l'Assemblée nationale, l'USM souhaite rappeler quelques principes en la matière.

Tout d'abord, elle insiste sur le fait qu'aucune obligation issue des normes européennes n'implique de communiquer les pièces d'une procédure au cours d'une enquête préliminaire.

Les normes européennes prévoient que toute personne accusée ait accès aux documents relatifs au fond de l'enquête, avant l'examen par une juridiction "*du bien-fondé de l'accusation*", c'est-à-dire avant jugement.

Lorsque la commission Nadal avait abordé la question des enquêtes longues, l'USM avait proposé une alternative consistant à permettre aux parties, d'ores et déjà convoquées devant une juridiction, de pouvoir, sans attendre l'audience dont la date est parfois lointaine, faire des demandes d'actes qui pourraient être ordonnées par le président de la juridiction. Cette possibilité permet un contrôle en amont de la qualité des procédures transmises aux juridictions de jugement et évite toute perte de temps, un acte supplémentaire pouvant donc être réalisé avant l'audience.

Cette proposition a été mise en œuvre dans le cadre de la loi du 27 mai 2014, créant l'article 388-5 du code de procédure pénale. Force est de constater que les avocats, qui insistent sur le fait que l'augmentation du contradictoire permettrait d'améliorer les qualités des enquêtes, ne se sont nullement emparés de ces dispositions.

En conséquence, les normes européennes n'imposent aucune modification de notre législation sur ce point et le très faible usage que font les parties et leurs conseils des « fenêtres » de contradictoire qui existent déjà ne démontrent pas la nécessité de bouleverser notre procédure sur ce point.

L'USM émet donc d'importantes réserves sur la nécessité même de ce texte, qui est de nature à entraîner à court terme des difficultés matérielles majeures et, à plus long terme, à bouleverser l'équilibre de la procédure d'enquête préliminaire.

### **Le texte soumis au Sénat répond à certaines critiques sans toutefois atteindre l'objectif initial de mieux encadrer les enquêtes longues**

Les limites fixées par le texte méritent d'être approuvées et maintenues (faits de nature délictuelle puni d'une peine d'emprisonnement, poursuivis devant le tribunal par la voie de la citation directe ou de la COPJ, droits reconnus uniquement aux personnes à l'encontre desquelles des poursuites sont envisagées, etc.). Ces limites correspondent à un équilibre entre le nombre des procédures pour lesquelles l'exercice de ce droit pourrait présenter un éventuel intérêt et les capacités matérielles des juridictions à assumer cette charge.

Il ne répond pas à diverses critiques, notamment matérielles ou organisationnelles qui pourraient sembler anodines mais qui, vu le mode d'organisation des services d'enquête et des parquets, seront sources de difficulté (si la demande d'accès est formulée auprès du parquet alors que le dossier n'a matériellement pas encore été transmis et donc enregistré auprès de ce parquet, comment faire pour trouver la procédure et éviter un raté ? Si la personne concernée demeure dans le ressort d'un parquet et que la procédure est suivie par un autre parquet, comment localiser la procédure ?... Les dispositions du texte sur ce point ont visiblement été rédigées par des personnes qui méconnaissent les limites du logiciel Cassiopée équipant actuellement les juridictions...).

L'étude d'impact élude ces difficultés diverses par une affirmation paradoxale que l'USM entend dénoncer fermement : l'étude d'impact estime en effet comme une évidence que ce droit de communication ne sera quasiment jamais exercé, ce qui devrait amener à relativiser les difficultés pressenties pour l'avenir... L'USM y voit surtout matière à s'interroger sur la pertinence même d'introduire ce droit !

Il doit être rappelé que la réflexion à l'origine de ces dispositions visait à trouver un moyen de limiter la durée des enquêtes. *In fine*, le dispositif retenu s'appliquera pourtant aux enquêtes quelle que soit leur durée, puisque ce n'est qu'à l'issue de celle-ci que le droit reconnu s'appliquera. Il s'exercera donc indifféremment que l'enquête ait finalement duré sept mois ou cinq ans...

La durée de l'enquête n'est certes pas, en tant que telle, la démonstration de la complexité de l'enquête. Les faibles moyens dévolus aux services d'enquête ou des circonstances particulières (le seul fait que les parties habitent dans des ressorts différents entraîne des transmissions multiples de la procédure) expliquent que nombres de dossiers simples fassent l'objet de procédures longues. Il ne faut donc pas les rallonger par un formalisme inutile qui ne correspond pas à un besoin.

Sur ce point, il est donc impératif que l'exercice de ce droit reste une faculté laissée à l'appréciation des parties, quelle que soit la durée de l'enquête et non une procédure automatique, systématique, comme l'avait imaginé la rapporteure de la commission des lois de l'Assemblée nationale, avant de prendre conscience du caractère irréaliste et inapplicable de sa proposition.

Par ailleurs, il paraît nécessaire d'être plus cohérent avec la notion de durée minimale de l'enquête. Le texte prévoit en effet que le droit s'exerce à l'issue de l'enquête, la demande devant être formulée 6 mois après la mesure prise à l'encontre de la personne (garde-à-vue, audition libre, perquisition). Il s'agit là d'un délai particulièrement court, insusceptible à lui seul de caractériser une « enquête longue ». Ce délai devrait, a minima, être porté à un an.

Enfin, l'USM rappelle que, si le Sénat devait envisager un dispositif spécifique destiné à s'appliquer aux dossiers réellement longs, la mission Beaume avait suggéré d'introduire du contradictoire en dissociant deux délais : un premier délai au terme duquel les services enquêteurs devaient obtenir du parquet l'autorisation de poursuivre leurs investigations (ce qui renforçait le contrôle et le suivi de l'enquête par le procureur); puis un second délai au terme duquel le procureur se trouvait tenu d'effectuer une orientation de procédure (classement, poursuite, ouverture d'une information).

L'USM, qui n'est pas opposé au principe d'une telle proposition, estime toutefois qu'elle devrait être envisagée avec les mêmes réserves que le texte actuel (une simple possibilité dont l'opportunité serait laissée à l'appréciation des parties, portant sur des procédures présentant un enjeu réel...).

**Surtout, les délais évoqués lors de la rédaction du rapport (de respectivement un an et deux ans) sont beaucoup trop courts et ne caractérisent pas en soi des procédures longues ou des dysfonctionnements.**

## **2.2 - Réforme de l'usage des armes (art. 19)**

Le projet de loi souhaite préciser le cadre légal de l'usage des armes par les policiers, les gendarmes, les douaniers et les militaires déployés sur le territoire national en cas de périphe meurtrier durant lequel la légitime défense ne peut servir de cadre légal faute que ses éléments constitutifs soient réunis.

Le texte proposé vise à décliner la notion d'état de nécessité prévu par l'article 122-7 du code pénal à un cas précis, qui serait prévu dans un nouvel article L 434-2 du code de la sécurité intérieure.

L'USM souligne qu'il est dommage que le futur texte ne soit pas inscrit dans le code pénal lui-même, à la suite de l'article 122-7, dans un souci de cohérence.

Le projet dispose que « *Constitue un acte nécessaire à la sauvegarde des personnes au sens de l'article 122-7 du code pénal, lorsqu'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre viennent d'être commis et qu'il existe des raisons réelles et objectives de craindre que plusieurs autres de ces actes participant d'une action criminelle susceptible de causer une pluralité de victimes pourraient être à nouveau commis par le ou les mêmes auteurs dans un temps rapproché, le fait pour un fonctionnaire de la police nationale ou un militaire de la gendarmerie nationale de faire un usage de son arme rendu absolument nécessaire pour faire obstacle à la répétition de ces actes* ».

Il sera donc expressément prévu un cas d'irresponsabilité pénale seulement si plusieurs conditions sont réunies : la commission d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives et l'existence de raisons réelles et objectives de craindre que plusieurs autres de ces actes participant d'une action criminelle susceptible de causer une pluralité de victimes pourraient être à nouveau commis par le ou les mêmes auteurs dans un temps rapproché.



L'USM observe que cette définition est liée à ce qui a été nommé « un périple meurtrier ». L'objectif sera de permettre aux forces de l'ordre d'user de leur arme alors même qu'un individu ne menace personne au même instant (cas de légitime défense).

Le texte de l'article 122-7 du code pénal précise que le danger doit être « actuel ou imminent » et que l'acte découlant de l'état de nécessité doit être proportionné. En conséquence, le policier ou le gendarme devra s'interroger sur le danger encouru pour lui-même et pour autrui et décider si l'usage de son arme apparaît proportionné face à la situation.

L'USM souligne donc que le projet de loi n'ôte aucune part de responsabilité aux personnels des forces de l'ordre qui devront se livrer à une appréciation concrète de l'état de nécessité au moment de faire usage de leur arme.

En réalité, ce nouvel article, pourtant introduit pour répondre à une demande de « clarification juridique » portée par divers représentants des forces de l'ordre, n'ajoute rien à l'état du droit. La situation décrite par ces nouvelles dispositions peut d'ores et déjà être couverte par la jurisprudence relative à l'état de nécessité. Le nouveau texte pose une présomption simple et l'examen *a posteriori* de l'acte et notamment de la proportionnalité de la réponse restera nécessaire pour vérifier si cet usage était réellement nécessaire.

L'USM observe par ailleurs qu'avec le projet de loi, les gendarmes seront soumis à trois régimes différents : le régime de droit commun de la légitime défense et de l'état de nécessité, l'article L.2338-3 du code de la défense et le nouveau cas particulier d'état de nécessité en situation de périple meurtrier.

L'USM n'a pas d'opposition de fond à l'adoption de cette disposition... dans la mesure où celle-ci ne modifie en rien l'état du droit.

Néanmoins, il est à déplorer que cette modification soit envisagée dans le contexte d'émotion actuel. L'USM s'inquiète que cela soit l'occasion d'amendements divers qui pourraient être examinés davantage avec une volonté d'affichage et de posture qu'une volonté réelle de trouver un juste équilibre entre les impératifs légitimes de protection des forces de l'ordre et les valeurs constitutionnelles et conventionnelles de respect de la vie humaine.

## **2.3 – Enregistrement sonore des débats d'assises (art. 31 *nonies*)**

La loi du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive a introduit à l'article 308 du code de procédure pénale une obligation de procéder à un enregistrement sonore des débats. Le texte prévoit : « *Toutefois, les débats de la cour d'assises font l'objet d'un enregistrement sonore sous le contrôle du président. Le président peut également, à la demande de la victime ou de la partie civile, ordonner que l'audition ou la déposition de ces dernières fassent l'objet, dans les mêmes conditions, d'une enregistrement audiovisuel* ». Cependant, le dernier alinéa de l'article 308 ne prévoyait pas de nullité en cas de non-respect.

Or, cette disposition légale n'est pas applicable puisque les équipements techniques ne sont toujours pas installés dans un nombre élevé de salles d'audience alors que la loi est entrée en vigueur le 1er octobre 2014.

L'absence d'enregistrement a donné lieu à une question prioritaire de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 20 novembre 2015 a rappelé que l'enregistrement sonore réalisé sur la base de l'article 308 pouvait être utilisé jusqu'au prononcé de l'arrêt devant la cour d'assises statuant en appel, devant la cour de révision et de réexamen saisie d'une demande en révision, ou, après cassation ou annulation sur demande en révision, devant la juridiction de renvoi et que, devant la cour d'assises, cette utilisation pouvait être ordonnée d'office, sur réquisition du ministère public, à la demande de l'accusé ou de la partie civile dans les conditions fixées par les articles 310 et suivants du code de procédure pénale.

Le Conseil a considéré qu'il résultait de ces dispositions que le législateur a bien conféré aux parties un droit à l'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises et qu'en interdisant toute forme de recours en annulation en cas d'inobservation de cette formalité, les dispositions contestées méconnaissaient les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Compte tenu des conséquences manifestement excessives, le date d'abrogation des dispositions a été reportée au 1er septembre 2016 afin de permettre au législateur de remédier à cette déclaration d'inconstitutionnalité.

L'article 31 *nonies* doit apporter une solution. Initialement prévu pour être adopté dans le cadre d'une ordonnance gouvernementale, il a finalement été introduit dans le projet de loi.

Le texte vient restreindre l'obligation de procéder à cet enregistrement aux sessions d'assises d'appel. Il ne s'agirait que d'une faculté en premier ressort. Le texte va plus loin en prévoyant que les dispositions de l'article 308 ne seront pas prescrites à peine de nullité de la procédure. Toutefois, dans le cas où l'enregistrement est obligatoire, ce ne sera une cause de cassation de l'arrêt de condamnation que s'il est établi qu'il a eu effet de porter atteinte aux intérêts du demandeur au pourvoi.

L'USM déplore que deux ans après son adoption, le Parlement doive revenir sur cette disposition et que ses avertissements sur la nécessité de laisser des délais nécessaires pour adapter les moyens techniques ne soient pas entendus.

Le texte proposé ne peut que susciter de très importantes réserves. Il vide très substantiellement le recours à l'enregistrement sonore de sa portée juridique et fait reposer la charge de la preuve d'un grief sur les épaules du demandeur qui ne pourra pas s'appuyer sur l'enregistrement pour étayer ses dires.

Le maintien du recours à cet enregistrement revêt donc tous les caractères d'une disposition d'affichage. L'USM le regrette et souligne que, dans les cours où les équipements techniques sont inexistantes ou défectueux, la responsabilité d'engager ou de poursuivre les débats sans enregistrement pèsera sur les présidents de cour d'assises. A titre d'exemple, si, dans le cadre d'un procès d'appel, une affaire a déjà été évoquée durant plusieurs jours et que l'équipement tombe en panne la veille du délibéré, il faudrait renvoyer l'examen de l'affaire et reprendre les débats depuis le début. Compte tenu de l'engorgement de certaines cours d'assises, une telle décision est lourde de conséquences, notamment sur le respect des délais raisonnables de placement en détention provisoire.

L'USM estime que l'inscription dans le code de procédure pénale de l'enregistrement sonore, qui ne résulte d'aucun engagement international ou européen et qui, de fait, ne peut s'exercer dans de nombreux ressorts, était largement prématurée et que le projet de loi n'apporte aucun remède réel aux

difficultés actuelles. L'existence-même de cette obligation d'enregistrement semble devoir être remise en cause.

### **3 – Principales autres propositions auxquelles l'USM est favorable**

#### **3.1 – Extension des pouvoirs d'enquête du parquet et du juge d'instruction**

Le projet de loi porte des dispositions modifiant les pouvoirs du parquet et du juge d'instruction en matière de terrorisme et de criminalité organisée (perquisitions de nuit, recours à la technique de l'*Imsi-Catcher*, techniques de sonorisation, élargissement de la captation et de l'exploitation de données informatiques stockées). Certains commentateurs présentent ces dispositions nouvelles comme une atteinte aux prérogatives du juge d'instruction, dans la mesure où le parquet disposerait d'outils procéduraux identiques à ceux qui sont mis à la disposition du magistrat instructeur.

L'USM est en opposition avec cette analyse pour les raisons suivantes. Il s'agit avant tout d'étendre à l'autorité judiciaire dans son ensemble la possibilité d'utiliser des techniques d'enquêtes qui ont été offertes aux services de renseignement par la loi du 24 juillet 2015. Il serait pour le moins choquant que ces techniques ne puissent pas être mises en œuvre dans le cadre d'enquêtes judiciaires, quel que soit leur régime, alors qu'elles peuvent être utilisées dans un cadre administratif.

En second lieu, ces techniques d'enquête ou procédures spécifiques, lorsqu'elles sont envisagées par le procureur de la République, ne sont mises en œuvre qu'après autorisation préalable expresse d'un magistrat du siège, le juge des libertés et de la détention, et limitées aux procédures les plus graves.

En outre, certaines dispositions du texte élargissent les pouvoirs d'enquête du parquet et du juge d'instruction (telles que les perquisitions de nuit).

Enfin, sur le modèle de ce qui est mis en œuvre en matière de géolocalisation ou d'écoutes téléphoniques, le régime de ces mesures (notamment s'agissant de leur durée) est très différent selon qu'il est mis en œuvre par le juge d'instruction ou dans le cadre d'enquêtes conduites par le parquet.

Dans ce contexte, l'USM est favorable à l'adoption des diverses dispositions précisées ci-dessous.

##### **3.1.1 – Extension des perquisitions de nuit (art. 1er)**

En matière de crimes et délits constituant des actes de terrorisme (article 421-1 à 421-6 du code pénal), le projet de loi envisage de permettre au juge d'instruction et au procureur de la République (ce dernier devant obtenir l'autorisation préalable du juge des libertés et de la détention), de faire procéder à des perquisitions en-dehors des heures habituelles de l'article 59 du CPP, soit entre 21h et 6h, y compris dans les locaux d'habitation.

Le texte pose comme conditions cumulatives l'urgence et la nécessité de prévenir un risque sérieux d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique (conditions qu'il appartiendra au procureur de la République d'explicitier dans sa saisine du JLD).

L'USM observe donc que ce pouvoir, exorbitant du droit commun et qui n'est actuellement permis que dans le cadre de la flagrance pour les infractions liées à la criminalité organisée, sera soumis à des conditions très strictes.

Dans sa décision relative aux perquisitions de nuit en matière de criminalité organisée prévues par la loi du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation sur le fait que

de telles perquisitions de nuit n'étaient légales que dès lors que la perquisition ne pouvait être réalisée à d'autres heures. L'USM avait préconisé une précision du texte qui a été apportée dans le cadre des débats devant l'Assemblée nationale.

Cette nécessité d'agir en extrême urgence, qui seule légitime procéduralement l'application de cette mesure de perquisition nocturne, justifie que cette intervention soit possible quel que soit le cadre procédural de l'enquête en cours (enquête préliminaire ou information judiciaire).

Les divers attentats qui ont été perpétrés récemment en France ont montré que les enquêtes en matière terroriste pouvait connaître des développements soudains justifiant éventuellement des perquisitions domiciliaires nocturnes. Au vu du caractère extrêmement limitées des infractions permettant de faire application de ces dispositions, par ailleurs très encadrées, l'USM n'est pas opposée à ce pouvoir de perquisition étendu.

### **3.1.2 – Recours à la technique de l'IMSI-catcher (art. 2)**

Le projet de loi prévoit d'introduire en matière de criminalité et de délinquance organisée la possibilité pour le juge d'instruction et le procureur de la République de recourir à la technique de l'*IMSI-catcher* permettant la captation de données de connexion, technique déjà mise à la disposition des services de renseignement dans le cadre de la loi du 24 juillet 2015.

Au vu des explications données précédemment (notamment sur l'autorisation préalable du juge des libertés et de la détention en matière préliminaire et sur les durées très différentes selon que cette technique est utilisée en matière d'instruction ou dans le cadre d'enquêtes préliminaires), et des précisions apportées sur le texte initial, l'USM est favorable à ces dispositions.

### **3.1.3 – Extension des techniques de sonorisation et de fixation d'images (art. 3)**

Cet article vise à permettre au procureur de la République, après autorisation du JLD, de recourir aux sonorisations et des fixations d'images de certains lieux ou véhicules pour un délai d'un mois, renouvelable une fois. Ces techniques étaient jusque là uniquement prévues pour les procédures d'instruction.

Le JLD devra motiver sa décision en tenant compte de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui exige que la motivation fasse état « des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure justifiant l'atteinte à la vie privée ».

La durée de mise en œuvre de cette technique pourra aller jusqu'à deux ans dans le cadre d'une information judiciaire et sera d'un mois, renouvelable, dans le cadre d'une enquête préliminaire.

Afin de préserver au mieux la vie privée, le projet de loi ajoute à l'article 706-101 qu'aucune séquence relative à la vie privée étrangère aux infractions visées dans les décisions autorisant la mesure ne peut être conservée dans le dossier de la procédure. L'USM approuve cette précision mais souligne que si une telle séquence, bien qu'étrangère aux infractions visées, devait révéler la commission d'une autre infraction, elle devra nécessairement être exploitée, ce qui mériterait d'être ajouté au texte.

### **3.1.4 – Élargissement de la captation des données informatiques aux données stockées (art. 3)**

Le projet de loi vise à donner un cadre juridique claire à la captation des données « stockées dans un système informatique ».

En l'état des textes, la captation de données informatiques s'effectue sur la base des dispositions de l'article 706-2-1 du code de procédure pénale qui, pour les infractions relevant de la criminalité organisée et dans le cadre d'une procédure d'instruction, permettent la captation des données informatiques, à distance (loi de 2011, modifiée en 2014 et 2015).

Pour les autres infractions, s'appliquent les dispositions de l'article 57-1 du code de procédure pénale, relative à l'exploitation de matériels informatiques saisis.

L'article 706-2-1 n'évoque pas explicitement le sort des données informatiques stockées (existant antérieurement à la décision de captation). Aussi, à défaut de règles procédurales spécifiques, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 8 juillet 2015, estimé que cette captation ne pouvait se faire sur la base de ces textes, limités à un flux de données en temps réel, et non à des informations antérieures, stockées. L'alternative était limitée aux dispositions relatives aux perquisitions : *« n'entrent pas dans les prévisions de ces textes l'appréhension, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises ou reçues par la voie des télécommunications antérieurement à la date de la décision écrite d'interception prise par le juge d'instruction, lesquels doivent être réalisés conformément aux dispositions légales relatives aux perquisitions »*.

La lourdeur attachée aux règles relatives à la perquisition et leur caractère parfois aberrant dès lors que la captation peut se faire à distance justifient que soient prises des dispositions spécifiques pour encadrer cette technique d'enquête très intrusive et particulièrement efficace.

L'USM approuve donc une réforme qui permette d'exploiter ces éléments de preuve selon des règles adaptées et moins contraignantes que celles de la perquisition.

Au regard de l'atteinte importante portée à la vie privée, l'USM souligne que le projet de loi ne permettra cet accès aux données stockées que pour un nombre limité d'infractions, relevant de la « criminalité organisée » (articles 706-73 et 706-73-1 CPP).

Le projet de loi permet au procureur de la République, dans ce seul domaine, de mettre en œuvre ce dispositif, sur autorisation du JLD. Dans cette hypothèse, la captation de données peut être effectuée pour une durée de un mois renouvelable une fois. Cette technique peut être mise en œuvre pendant une durée de deux ans lorsqu'elle est réalisée sous le contrôle du juge d'instruction.

L'USM rappelle que la notion de « données » est large puisque cela peut concerner des courriers électroniques mais aussi d'autres données (photos, vidéos, etc.). L'USM approuve donc le projet de loi en ce qu'il adopte une définition large évoquant des données (et pas seulement les courriers électroniques) stockées (et non archivées, ce qui supposerait une manipulation préalable de l'utilisateur) et un système informatique (données relevant d'espaces de stockage tels que des *clouds* et non pas du seul ordinateur utilisé).

L'USM rappelle toutefois que la mise en œuvre de ces dispositions se heurte à des obstacles matériels majeurs puisqu'il faut disposer de logiciels adaptés (dits keyloggers) s'assurer qu'ils fonctionneront sur les divers systèmes d'exploitation (Windows, Mac, Linux). De tels logiciels ne sont pas forcément disponibles et nécessitent donc des étapes de création et d'expérimentation.

Surtout, cela implique à terme un budget adapté, significatif.

Enfin, l'USM aurait souhaité que, dans le cadre d'une réflexion globale sur la procédure pénale, le recueil de la preuve numérique fasse l'objet d'une réforme cohérente et simplificatrice. En effet, dans la pratique, il est trop souvent nécessaire de recourir à des expédients procéduraux. Ainsi, divers soucis pratiques demeurent. A titre d'illustration, le bris de scellés et la reconstitution de scellés obéissent à des règles strictes qui font obstacle, par exemple, au bris de scellés par le Centre technique d'assistance (CTA - organisme secret défense) afin de procéder aux actes prévus par l'article 230-1 CPP (déchiffrement de téléphones et autres supports numériques). Autre difficulté : la rédaction actuelle de l'article 57-1 qui ne reflète pas les pratiques et les impératifs du terrain.

### **3.2 - Renforcement des pouvoirs de l'autorité judiciaire sur le contrôle et la direction de la police judiciaire (art. 22 et art. 23)**

L'USM rappelle qu'elle revendique le rattachement de la police judiciaire à l'autorité judiciaire, afin que cette dernière puisse exercer de manière effective sa mission de contrôle et de direction de la police judiciaire que lui reconnaît le Conseil constitutionnel.

A défaut d'un tel rattachement, l'USM ne peut qu'être favorable aux mesures qui renforcent le contrôle fonctionnel sur la police judiciaire. Le présent projet de loi présente deux dispositions qui vont dans ce sens. Elles doivent néanmoins être reconnues pour ce qu'elles sont, à savoir des avancées très modestes...

#### **3.2.1 - Précision des attributions du parquet en matière de direction de la police judiciaire**

Le projet de loi rappelle dans son article 22 que le procureur de la République fixe les orientations de l'enquête et contrôle la pertinence des moyens mis en œuvre.

Le projet de loi n'indique malheureusement pas comment le procureur peut s'assurer que ses directives en la matière seront suivies d'effet, faute de pouvoirs réels sur les services d'enquête placés sous son « autorité »...

Par ailleurs ce même article précise, en complément de l'article 31 du code de procédure pénale qui pose le principe du devoir d'impartialité du procureur de la République, que celui-ci doit également s'assurer que les enquêtes sont menées « à charge et à décharge ».

Si l'USM n'est pas opposée à cette disposition qui ne modifie en rien la pratique des parquets, d'ores et déjà acquis à cette exigence évidente, elle rappelle que seule une modification du statut du parquet sera de nature à lever les doutes sur l'impartialité du parquet dans la conduite des investigations et répondre ainsi aux exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme...

#### **3.2.2 - Suspension de l'habilitation OPJ (art. 23)**

Cette disposition permet au président de la chambre de l'instruction de suspendre en urgence et à titre provisoire l'habilitation d'un OPJ.

Cette mesure relève d'une volonté de renforcer le contrôle par l'autorité judiciaire de la police judiciaire. L'USM est favorable à cette disposition qui reste cependant très symbolique, sa portée pratique étant plus que limitée.

### **3.3 - Renforcement de la protection des témoins (art. 5 et art. 6)**

Le projet de loi crée un nouveau de cas de huis-clos, destiné à protéger les témoins (article 5). Pour la cour d'Assises, la décision est prise par la cour, sans l'assistance du jury ce qui est cohérent avec les dispositions existantes.

L'USM n'a pas d'observation à formuler sur ce point.

L'article 6 du projet de loi introduit la possibilité de ne pas mentionner l'identité d'un témoin dans les décisions rendus par le juge d'instruction ou la juridiction de jugement, ni lors de l'audience.

Par souci de cohérence, il conviendrait de faire référence au registre de l'article 706-58 du code de procédure pénale sur l'anonymat qui permet de conserver les informations utiles. La rédaction de ces nouvelles dispositions est à cet égard assez confuse et mériterait d'être reprise pour éviter des confusions avec les dispositions déjà existantes, qu'elles recourent parfois.

Le texte vient étendre aux témoins la possibilité offerte aux « repentis », c'est-à-dire aux personnes ayant participé à la commission d'infractions et apportant leur aide à la justice, d'utiliser une identité d'emprunt et de bénéficier de mesures de protection.

L'USM est favorable à cette évolution législative. Par cohérence, elle estime utile que la commission de protection et de réinsertion compétente pour les « repentis » voit sa compétence étendue aux témoins.

L'USM espère que le décret d'application nécessaire ne mettra pas 10 ans à être pris comme cela a été le cas pour les « repentis ».

Le bureau de l'USM