

**Refus de prélèvement biologique et article 8 de la CEDH : distinction entre la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis une infraction et la personne condamnée**

La décision rendue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 15 janvier dernier (n° [17-87185](#), à paraître au bulletin) fournit l'occasion de faire le point sur la conformité des dispositions du code de procédure pénale en matière de prélèvement de matériel génétique avec la jurisprudence européenne relative à l'article 8 de la convention européenne des Droits de l'Homme et le droit au respect de la vie privée qu'il garantit.

L'enregistrement du profil génétique d'un individu condamné ou mis en cause dans des crimes ou des délits d'atteintes aux biens ou aux personnes n'est pas sans susciter depuis plusieurs années des interrogations quant aux droits fondamentaux et spécialement s'agissant de la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la convention européenne des Droits de l'Homme auquel ce fichage est susceptible de porter atteinte.

Le fichier dont il est question ici, le fichier national automatisé des empreintes génétiques, (Fnaeg), a été créé par la [loi n° 98-468 du 17 juin 1998](#) relative à la prévention et à la répression des infractions de nature sexuelle ainsi qu'à la protection des mineurs à la suite de l'interpellation du « tueur en série » Guy Georges, lequel fut finalement confondu par son Adn.

Ce fichier avait initialement pour objet de centraliser les traces et empreintes génétiques des personnes condamnées pour des crimes et délits de nature sexuelle les plus graves ainsi que certaines atteintes aux mineurs afin de faciliter la recherche et l'identification des auteurs d'infractions.

Son champ d'application a ensuite été très largement étendu par un certain nombre de lois, de sorte qu'il inclut désormais la plupart des infractions punies d'une peine d'emprisonnement, qu'il s'agisse d'une atteinte aux personnes ou aux biens (articles 706-54 et 706-55 du CPP).

Outre les personnes condamnées, celles contre lesquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 sont également concernées par ce fichier (E. Supiot, Empreintes génétiques et droit pénal, quelques aspects juridiques éthiques, RSC 2015, p. 827).

Et, l'article 706-56 II du code de procédure pénale a instauré une infraction prévoyant que le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende, sanction pouvant être portée à deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende lorsque les faits ont été commis par une personne condamnée pour crime.

Dans la mesure où il instaurait cette obligation de prélèvement des empreintes génétiques, le législateur se devait de prévoir les conditions de leur conservation, leur durée et leur effacement.

C'est sur ces derniers points que les contentieux se sont développés puisque si l'ingérence consistant à prélever des données personnelles peut être considérée comme légitime au regard des objectifs poursuivis, à savoir l'identification d'auteurs d'infractions, celle-ci devient disproportionnée si aucune garantie n'est apportée quant à la possibilité d'obtenir leur effacement.

Par cet arrêt du 15 janvier 2019 destiné à une large publication, objet de ces observations, la chambre criminelle est venue préciser les conditions de conformité des dispositions de droit interne en matière de prélèvement génétique à l'égard d'une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du code de procédure pénale avec l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme et la protection de la vie privée.

Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, le prévenu était poursuivi tout d'abord, pour avoir, dans le cadre d'une manifestation non autorisée ayant lieu le 27 avril 2017 entre les deux tours de l'élection présidentielle, avec pour mot d'ordre « ni Macron ni Le Pen » dont les policiers soupçonnaient qu'elle avait été organisée par le mouvement de l'ultra gauche rennais :

- d'une part, exercé volontairement des violences ayant entraîné une incapacité totale de travail n'excédant pas huit jours, ces violences ayant été

commises avec les trois circonstances aggravantes suivantes : usage ou menace d'une arme, en réunion avec plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice et sur une personne dépositaire de l'autorité publique,

- et d'autre part, pour avoir participé à un groupement formé en vue de la préparation de violences contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens.

Il lui était ensuite reproché :

- d'avoir refusé lors de sa garde à vue de se soumettre aux opérations de relevés signalétiques notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police, alors qu'il existait une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner la commission d'un délit,
- et d'avoir également refusé de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse et l'identification de l'empreinte génétique alors qu'il existait une ou plusieurs raisons de soupçonner la commission d'une infraction pouvant entraîner l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques en l'espèce des violences aggravées suivies d'incapacité n'excédant pas 8 jours.

C'est sur ce dernier chef d'infraction ayant donné lieu à la relaxe du prévenu que le parquet général a formé un pourvoi.

En effet, si le tribunal correctionnel - par jugement du 31 mai 2017 - avait relaxé le prévenu pour les faits de participation à un groupement formé en vue de la préparation des violences contre les personnes ou destructions ou dégradations de biens, il l'avait en revanche déclaré coupable de violence aggravée, refus de se soumettre aux opérations de relevés signalétiques intégrés dans un fichier de police par personne soupçonnée de crime ou délit en récidive et refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à l'identification de son empreinte

génétique par une personne soupçonnée d'infraction entraînant l'inscription au Fnaeg en récidive.

La cour d'appel de Rennes a quant à elle suivi un autre raisonnement.

Par un arrêt du 8 novembre 2017, elle a confirmé le jugement sur la relaxe prononcée pour l'infraction de participation à un groupement en vue de la préparation de violences contre les personnes ou de destruction ou de dégradation de biens, mais l'a infirmé sur la déclaration de culpabilité pour les faits de refus de prélèvements biologiques et a donc relaxé le prévenu de ce chef par les motifs suivants qu'il convient de citer :

*« Concernant le refus de prélèvement biologique, il y a lieu de considérer que par un arrêt en date du 22 juin 2017 (affaire Aycaguer c, France) la Cour Européenne des Droits de l'Homme a estimé que le régime actuel de conservation des profils ADN dans le FNAEG, auquel le requérant s'était opposé en refusant le prélèvement, n'offrait pas, en raison tant de sa durée que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante à l'intéressé. La Cour a relevé de surcroît qu'aucune différenciation n'était prévue en fonction de la nature et de la gravité de l'infraction, l'article 706-55 du code de procédure pénale visant des situations très disparates et a considéré que l'affaire dont elle était saisie se distinguait clairement des infractions les plus graves visées par l'article 706-55. La Cour a ainsi jugé que la condamnation pénale du requérant pour avoir refusé de se soumettre au prélèvement destiné à l'enregistrement de son profil dans le FNAEG s'analysait en une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique et que partant il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.*

*Au vu de cette décision, mais aussi de la nature ainsi que du degré de gravité des faits principaux reprochés en l'espèce à V. et entrant dans le champ d'application de l'article 706-55 du code de procédure pénale, la cour estime devoir appliquer la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et constater que la condamnation du prévenu pour l'infraction visée par l'article 706-56 II du code de procédure pénale serait contraire à l'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme ».*

Le Procureur Général de la cour d'appel de Rennes a donc contesté cette relaxe reprochant en substance à l'arrêt d'avoir fait

application de cette jurisprudence européenne survenue dans une situation différente du cas considéré puisqu'elle se rapporte à une personne condamnée définitivement qui ne bénéficiait donc pas dans la loi française d'une procédure pour demander le retrait de son empreinte génétique du fichier, et non à un prévenu en mesure de présenter une telle demande.

Statuant sur ce pourvoi, la chambre criminelle a donc cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Rennes en ses seules dispositions relatives à cette relaxe et a renvoyé l'affaire devant une autre cour d'appel en précisant premièrement au visa des articles 706-54 du code de procédure pénale et R. 53-14 dudit code, sur la question de l'effacement des données, la procédure prévue par ces textes et que les informations enregistrées ne peuvent être conservées au-delà d'une durée de 25 ans à compter de la demande d'enregistrement.

La chambre criminelle en a déduit que :

*« grâce à la possibilité concrète dont dispose l'intéressé de solliciter l'effacement des données enregistrées, ces durées de conservation sont proportionnées à la nature des infractions et aux buts des restrictions apportées au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ».*

Puis, sur le texte portant incrimination du refus de se soumettre au prélèvement biologique la chambre criminelle a considéré que la cour d'appel a fait une mauvaise application des textes applicables dès lors que *« le refus de se soumettre au prélèvement biologique a été opposé par une personne qui n'était pas condamnée mais à l'encontre de laquelle il existait des indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55, de sorte qu'elle avait alors la possibilité concrète, en cas d'enregistrement, de son empreinte génétique au fichier, d'en demander l'effacement ».*

Elle a donc écarté la mise en œuvre de la jurisprudence européenne Aycaguer dont la cour d'appel avait fait application.

Il faut assurément rappeler que s'agissant des personnes condamnées, la chambre criminelle a déjà considéré que s'il s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, l'enregistrement des empreintes génétiques constitue une mesure, non manifestement disproportionnée, qui, dans une société démocratique, est nécessaire notamment à la sûreté publique et à la prévention des infractions pénales et qui s'applique, sans discrimination, à toutes les

personnes condamnées pour les infractions mentionnées à l'article 706-55 du code de procédure pénale (Crim. 19 mars 2013, Bull. crim. n° 66).

Pour ce qui concerne les personnes visées à l'alinéa 2 de l'article 706-54 précité qui ne sont pas condamnées mais seulement à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55, cette analyse n'est pas obligatoire et le consentement de la personnes concernée doit être requis, seul le refus étant incriminé.

Toutefois, l'infraction n'est pas purement matérielle.

En effet, il a été jugé que ne peut se voir pénalement reprocher son refus de se soumettre au prélèvement Adn le prévenu contre lequel il existe des indices graves ou concordants de commission de trafic de stupéfiants dès lors qu'il était atteint d'une fracture du maxillaire et se trouvait en état de contention maxillaire rendant impossible le prélèvement par voie buccale et qu'il appartenait dès lors à l'officier de police judiciaire de faire procéder à cette analyse non obligatoire par un autre moyen que l'empreinte salivaire à savoir un élément matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé (CA Grenoble 1<sup>ère</sup> ch. corr., 14 décembre 2005, n° 05/0166), comme un reste de cigarette par exemple (Crim. 30 avril 1998, p n° 98-80.741).

Au plan conventionnel, si elle ne s'oppose pas au fichage, la conservation des données visant un but légitime constitué par la prévention des infractions pénales, la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme rappelle que des données à caractère personnel jouent un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention.

Depuis l'affaire *S. et Marper c/ Royaume-Uni* ([CEDH 4 décembre 2008, n° 30562/04 et 30566/04](#)), la Cour considère, en faisant entrer la collecte d'échantillons cellulaires et d'Adn mais aussi les empreintes digitales dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention, que l'ingérence des autorités publiques dans le droit des requérants à la vie privée et familiale est injustifiée. Le fait que les requérants aient été soupçonnés sans être condamnés conduit la Cour à considérer que la conservation de leurs données n'est pas proportionnée. La Cour opère ainsi une distinction entre les personnes non condamnées et celles qui le sont pour la durée de conservation des données, même médicales, les seconds n'ayant *a priori* pas le droit à une protection aussi élevée de leurs données.

La notion de « vie privée » est au demeurant une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne ([CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02](#), § 61 ; [CEDH, 22 juillet 2003, Y.F. c. Turquie, n° 24209/94](#), § 33).

Le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 ([CEDH, 26 mars 1987, Leander c. Suède](#), § 48, série A n° 116). Peu importe que les informations mémorisées soient ou non utilisées par la suite ([CEDH, 16 février 2000, Amann c. Suisse](#), n° 27798/95, § 69).

Cependant, pour déterminer si les informations à caractère personnel conservées par les autorités font entrer en jeu l'un des aspects de la vie privée précités, la Cour tient compte du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont elles sont utilisées et traitées et des résultats qui peuvent en être tirés.

La France a ainsi été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme le 18 avril 2013 ([CEDH, 18 avril 2013, M. K. c. France, req n° 19522/09](#)) concernant le fichier national des empreintes digitales (Fnaed), dans lequel toutes les traces relevées dans le cadre d'une enquête de flagrance, préliminaire ou sur commission rogatoire peuvent figurer lorsqu'elles concernent des personnes contre lesquelles des indices graves ou concordants de nature à motiver leur mise en examen ou des personnes mises en cause dans une procédure pénale dont l'identification certaine s'avère nécessaire. Il a été considéré, d'une part, que la rédaction antérieure au décret du 27 mai 2005 apparaissait trop imprécise puisque susceptible de concerner de simples contraventions, la mesure étant donc disproportionnée, d'autre part, que le Fnaed emportait un risque de stigmatisation de personnes n'ayant été reconnues coupables d'aucune infraction et donc en droit de bénéficier de la présomption d'innocence.

De manière générale, elle a estimé que de tels dispositifs « *ne sauraient être mis en œuvre dans une logique excessive de maximalisation des informations qui y sont placées et de la durée de leur conservation. En effet, sans le respect d'une nécessaire proportionnalité au regard des objectifs légitimes qui leur sont attribués, les avantages qu'ils apportent seraient obérés par les atteintes graves qu'ils causeraient aux droits et libertés que les États doivent assurer en vertu de la Convention aux personnes placées sous leur juridiction* » (M. K. c France, no 19522/09, § 35, 18 avril 2013).

De même, par un arrêt du 18 septembre 2014, la Cour a considéré que le fichier dit Stic (système de traitement des infractions constatées) dans sa version applicable à l'époque des faits était contraire à l'article 8 de la Convention en ce qu'il était impossible de faire effacer les données inscrites sur le Stic après un classement sans suite et qu'aucun recours n'était prévu à l'époque suite à un refus d'effacement ([CEDH, 18 septembre 2004, M. B./France, req. n° 21010/10](#)). Sur la question de principe de l'inscription du requérant dans un fichier destiné à recenser des infractions ne comportant ni les empreintes digitales ni le profil Adn, la Cour n'en a pas moins considéré que les informations répertoriées :

*« présentent néanmoins un caractère intrusif non négligeable, en ce qu'elles font apparaître des éléments détaillés d'identité et de personnalité en lien avec les infractions constatées, dans un fichier destiné à la recherche des infractions » (§ 38).*

Puis par son arrêt Aycaguer / France du 22 juin 2017 (n° [8806/12](#)) sur lequel l'arrêt attaqué s'est fondé, la cour européenne des Droits de l'Homme a estimé que le régime actuel de conservation des profils Adn dans le Fnaeg, auquel le requérant s'était opposé en refusant le prélèvement, n'offre pas en raison tant de sa durée que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante à l'intéressé et ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu aux motifs principalement que :

*« 42. À cet égard, il convient cependant de noter qu'en vertu de l'article R. 53-14 du CPP, la durée de conservation des profils ADN ne peut dépasser quarante ans s'agissant des personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55, qui présenteraient toutes, selon le Gouvernement, « un certain degré de gravité ». La Cour relève tout d'abord qu'il s'agit en principe d'une période maximum qui aurait dû être aménagée par décret. Or, ce dernier n'ayant pas vu le jour, la durée de quarante ans est en pratique assimilable, sinon à une conservation indéfinie, du moins à une norme plutôt qu'à un maximum (M.K., précité, § 45, et Brunet, précité, § 43), et ce en particulier pour des personnes ayant atteint un certain âge.*

*43. La Cour observe ensuite que le Conseil constitutionnel a rendu, le 16 septembre 2010, une décision déclarant les dispositions relatives au fichier incriminé conformes à la Constitution, sous réserve entre autres « de proportionner la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées » (paragraphe 15 ci-dessus). À ce*



jour, cette réserve n'a pas reçu de suite appropriée (paragraphe 14 et 42 ci-dessus). Ainsi, **la Cour relève qu'aucune différenciation n'est actuellement prévue en fonction de la nature et de la gravité de l'infraction commise, et ce nonobstant l'importante disparité des situations susceptibles de se présenter dans le champ d'application de l'article 706-55 du CPP.** La situation du requérant en atteste, avec des agissements qui s'inscrivaient dans un contexte politique et syndical, concernant de simples coups de parapluie donnés en direction de gendarmes qui n'ont pas même été identifiés (paragraphe 7 et 8 ci-dessus), **par comparaison avec la gravité des faits susceptibles de relever des infractions particulièrement graves visées par l'article 706-55 du CPP, à l'instar notamment des infractions sexuelles, du terrorisme ou encore des crimes contre l'humanité ou de la traite des êtres humains pour ne citer que ces exemples.** En cela, la présente affaire se distingue clairement, en particulier, de celles qui concernaient spécifiquement des infractions aussi graves que la criminalité organisée (S. et Marper, précité) ou des agressions sexuelles (Gardel, B.B. et M.B., précités).

44. **Par ailleurs, s'agissant de la procédure d'effacement, il n'est pas contesté que celle-ci n'existe que pour les personnes soupçonnées, et non pour celles qui ont été condamnées, à l'instar du requérant. Or, la Cour estime que les personnes condamnées devraient également se voir offrir une possibilité concrète de présenter une requête en effacement des données mémorisées (B.B. c France, précité, § 68, et Brunet, précité, §§ 41-43), et ce, comme elle l'a rappelé précédemment, afin que la durée de conservation soit proportionnée à la nature des infractions et aux buts des restrictions (paragraphe 37 ci-dessus ; cf., mutatis mutandis, Peruzzo et Martens c. Allemagne (déc.), nos 7841/08 et 57900/12, § 44, 6 juin 2013, ainsi que B.B. et M.B., précités, respectivement §§ 62 et 54).**

45. Dès lors, la Cour estime que le régime actuel de conservation des profils ADN dans le FNAEG, auquel le requérant s'est opposé en refusant le prélèvement, n'offre pas, en raison tant de sa durée que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante à l'intéressé. Elle ne traduit donc pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu ».

Dans cette affaire, à l'issue d'un rassemblement organisé par un syndicat agricole, un manifestant avait fait l'objet d'une procédure de comparution immédiate et d'une condamnation pour avoir volontairement commis des violences n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail sur les militaires de gendarmerie, sur une personne

dépositaire de l'autorité publique avec usage ou menace d'une arme, en l'espèce un parapluie.

Il avait ensuite été convoqué, à la demande du parquet, pour que soit effectué un prélèvement biologique (art. 706-55 et 706-56 CPP) stocké ensuite dans le Fnaeg et avait refusé de s'y soumettre, ce qui avait entraîné sa condamnation à une peine d'amende de 500 €.

Ce jugement avait été confirmé par la cour d'appel estimant qu'il ne pouvait invoquer le caractère disproportionné de la mesure dès lors qu'il n'était pas simplement soupçonné mais condamné. Formant ensuite un pourvoi, il avait fait valoir que le prélèvement destiné à l'identification de l'empreinte biologique et à la mémorisation des données constituait une atteinte disproportionnée à sa vie privée au regard de la durée de conservation de ces données et de sa situation personnelle, à savoir personne parfaitement identifiée. Son pourvoi fut rejeté sans motivation particulière.

Il avait ensuite saisi la CEDH alléguant que sa condamnation pour refus de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à enregistrer ses empreintes génétiques constituait une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention.

Il est vrai, selon un commentaire de cette décision que:

*« Si les contempteurs du « droit-de-l'hommisme » ont perçu cette condamnation comme une ingérence intolérable dans le droit interne et comme une fragilisation inacceptable des politiques françaises de lutte contre la délinquance, ceux-ci n'ont guère pris le temps de l'analyser en détail. Une lecture plus attentive leur aurait en effet permis de découvrir qu'elle résulte dans une large mesure du non-respect, par tous les gouvernements qui se sont succédé depuis 2010, d'une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, certes dépourvue de l'autorité de la chose jugée, mais néanmoins explicite. À la suite de deux questions prioritaires de constitutionnalité (25), le Conseil a déclaré le FNAEG conforme à la Constitution (26), **sous réserve, pour le pouvoir réglementaire, « de proportionner la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs »** (27).*

*Or, aucun gouvernement n'a pris la peine de répondre à cette injonction, et ce malgré plusieurs mises en garde parlementaires, la Cour européenne mentionnant d'ailleurs celle du député Thierry Lazaro en 2015 (28) (§ 15). En réalité, plus d'une dizaine de questions parlementaires ont été posées à ce sujet depuis 2010, les ministres de l'Intérieur et de la Justice évoquant inlassablement un projet de décret « en cours d'élaboration » (29). Les gouvernements n'ont pas davantage écouté les recommandations du Conseil d'État qui, dans un rapport de 2014 consacré au numérique, reprochait au pouvoir réglementaire de ne pas avoir « tiré les conséquences » de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel et recommandait l'adoption de ce fameux décret (30). De rares juridictions du premier degré n'ont finalement pas attendu celui-ci, comme le tribunal correctionnel de Compiègne qui, dans un jugement du 3 mai 2011, a écarté la condamnation de responsables syndicaux pour refus de se soumettre à un prélèvement génétique, dès lors qu'« on ne saurait assimiler un enlèvement et une séquestration opérés de façon crapuleuse dans le cadre d'opérations mafieuses et les actions qualifiées par les mêmes mots par le code pénal, mais qui se sont déroulées dans le cadre d'une action syndicale certes réprimée par la cour d'appel, mais s'inscrivant dans un conflit social difficile » (Cité par D. Batho et J.-A. Bénisti, Rapport d'information n° 4113 sur la mise en oeuvre des conclusions de la mission d'information sur les fichiers de police, Assemblée nationale, 2011. 36).*

*Les sept années passées à préparer ce fameux décret n'ont visiblement pas suffi. Profitant du calme médiatique estival, le gouvernement a révélé dans le Journal officiel du 2 août 2017 de nouvelles extensions du fichage, sans en profiter pour réformer le FNAEG malgré l'arrêt commenté. Cette affaire, comme les nombreuses réformes adoptées ces dernières années, particulièrement dans le champ du renseignement (32), souligne à quel point les autorités pensent pouvoir s'affranchir des interprétations jurisprudentielles des cours européennes, qui tendent d'ailleurs à devenir les derniers remparts face à une véritable dérive autoritaire (33), mais aussi des mises en garde de la CNIL et de bien d'autres instances de défense des droits fondamentaux (Défenseur des droits, CNCDH, etc.). Les prochaines condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme, et sans doute de la Cour de justice européenne, ne surprendront dès lors pas davantage que cet arrêt ». (Fnaeg : l'inertie gouvernementale sanctionnée par la CEDH, Virginie Gautron AJ Pénal 2017. 391).*

Il est certain que la problématique de l'arrêt Aycaguer est propre à la situation de la personne condamnée et non à celle de la

personne simplement suspectée d'avoir commis une infraction visée à l'article 706-55 du code de procédure pénale.

Comme le relève la chambre criminelle dans l'arrêt commenté, il existe une procédure d'effacement qu'elle prend soin de qualifier de « concrète » prévue par les textes et la durée de conservation des données ne peut excéder 25 ans.

Certes ces distinctions sont incontestables, la personne condamnée ne disposant pas d'une telle procédure et ses données pouvant être conservées pendant 40 ans. Néanmoins, cette distinction suffit-elle à écarter tout risque de contrariété avec l'article 8 de la convention européenne des Droits de l'Homme ? Cela n'est pas certain.

D'une part, la très grande variété d'infractions visées par l'article 706-55 du code de procédure pénale, leur degré de gravité, le fait qu'il regroupe aussi bien des atteintes aux personnes que celles commises contre les biens permet de s'interroger quant à la proportionnalité de la mesure. Il s'agit là d'une préoccupation de la Cour européenne des droits de l'Homme dans la plupart de ses décisions relatives à des systèmes de fichage, ceci d'autant plus que la personne faisant l'objet du fichage n'est que soupçonnée d'avoir commis l'infraction et non pas condamnée. Et le fait que ce fichage s'impose pour les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime n'a pas la même portée que le fait d'imposer une telle mesure pour la personne suspectée d'avoir commis le délit de vol ou de dégradation.

D'autre part, si l'on doit apprécier la proportionnalité de l'ingérence à la possibilité de demander l'effacement des données et à la durée de leur conservation, en l'espèce, 25 ans, il faut également reconnaître que la procédure d'effacement prévue par les articles R. 53-13-1 à R. 53-13-6 du code de procédure pénale qualifiée de « concrète », par la chambre criminelle, n'en demeure pas moins particulièrement complexe et *« dont le souci véritable semble de ralentir la procédure d'effacement »* (Jur. Cl. Procédure pénale art. 706-54 à 706-56, C. Byk, n° 121 et s).

Dès lors la question de la conformité de l'incrimination pour une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction de refuser de se soumettre à un prélèvement biologique avec l'article 8 de la convention pourrait faire l'objet d'une autre appréciation par la cour européenne elle-même.

Notons à cet égard que l'article 50 de la loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice (n° 1349) tend à

améliorer le dispositif d'effacement des données inscrites au Fnaeg, en simplifiant la procédure, signe sans doute qu'en dépit des garanties relevées par la chambre criminelle, le risque d'inconventionnalité existe bel et bien.