

NON FUIT LUX

par Emmanuel Mercinier-Pantalacci

Avocat, ancien secrétaire de la Confédération, Vigo cabinet d'avocats

Étienne de Castelbajac

Avocat, ancien secrétaire de la Confédération, Vigo cabinet d'avocats

CE 19 août 2022, n° 443528

Observations : Le Conseil d'État valide dans un arrêt du 19 août 2022 le décret du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions de justice, au prix d'une motivation contestable et de conséquences pratiques déplorable.

Le rejet de la requête en annulation du décret du 29 juin 2020

La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a posé le principe selon lequel les décisions de justice sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées et renvoyé à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les conditions d'application de ce principe.

L'article 33 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a précisé ce régime de mise à disposition du public des décisions de justice, en modifiant en des termes identiques, d'une part l'article L. 10 du code de justice administrative, d'autre part l'article L. 111-13 du code de l'organisation judiciaire. Après avoir énoncé que les décisions sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous format électronique, ces deux textes précisent que, par dérogation, les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. En outre, lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe. Enfin, les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées, sous peine de sanctions pénales et administratives.

Cet article 33 de la loi de programmation a introduit en outre un article L. 111-14 dans le code de l'organisation judiciaire et un article L. 10-1 dans le code de justice administrative, aux termes desquels les tiers peuvent se faire délivrer copie des décisions de justice par le greffe de la juridiction concernée sous réserve des demandes abusives, en particulier par leur nombre ou par leur caractère répétitif ou systématique. Il est précisé que les éléments permettant d'identifier les personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés si leur divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage.

Le Conseil constitutionnel a validé ces nouvelles dispositions¹. S'agissant de l'interdiction de la réutilisation des données d'identité des magistrats et des membres du greffe, il a considéré que le législateur a entendu éviter qu'une telle réutilisation permette de réaliser un profilage des professionnels de justice à partir des décisions rendues, pouvant conduire à des pressions ou des stratégies de choix de juridiction de nature à altérer le fonctionnement de la justice. S'agissant de la possibilité de refuser de délivrer aux tiers les copies des décisions en cas de demandes abusives, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur a entendu, au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, faire obstacle aux demandes ayant pour objet de perturber le bon fonctionnement de la juridiction sollicitée ou qui auraient pour effet de faire peser sur elle une charge, notamment d'anonymisation, disproportionnée au regard des moyens dont elle dispose. Sur l'occultation des éléments permettant d'identifier les personnes physiques mentionnées, il a considéré que le législateur s'est fondé sur des critères suffisamment précis et a entendu assurer la protection des personnes et le respect de la vie privée.

Le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires administratives est venu, quatre ans après donc, préciser les dispositions des trois articles précités. La société Fiatlux, spécialisée dans l'édition de revues professionnelles consacrées notamment à la veille judiciaire et à la lutte contre la criminalité économique, et M^e Stéphane Bonifassi, avocat au barreau de Paris agissant en son nom, ont saisi le Conseil d'État d'une requête tendant à l'annulation des articles 1^{er} à 6 de ce décret aux motifs que :

■ le décret méconnaît le principe de publicité des décisions de justice garanti par l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH), en ce qu'il permet l'occultation des éléments de la décision de justice relatifs à la défense des intérêts fondamentaux de la Nation, à l'identification des magistrats et membres du greffe ou de personnes physiques ;

(1) Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, §§ 85 s., D. 2019. 910, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2020. 1324, obs. E. Debaets et N. Jacquinet.

- il est illégal en ce qu'il prévoit comme motif d'occultation le critère tiré des « intérêts fondamentaux de la Nation » qui n'est pas prévu par la loi, n'est pas suffisamment précis et est contraire au principe général du droit de la publicité des décisions de justice ;
 - il est illégal, d'une part en ce qu'il prévoit l'occultation des éléments d'identification des personnes physiques en cas de risque d'atteinte à la vie privée, ce qui est de nature à nuire à l'intelligibilité pour le public, d'autre part en ce qu'il attribue cette prérogative aux greffiers ;
 - il est illégal en ce qu'il prévoit que les décisions des juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public dans un délai de six mois alors que ce délai n'est que de deux mois pour les décisions des juridictions administratives ;
 - il est illégal en ce qu'il introduit un régime d'autorisation préalable par le procureur de la République ou le procureur général, sous réserve que le demandeur justifie d'un motif légitime, pour la délivrance des copies des décisions non définitives rendues par les juridictions statuant en matière pénale ;
 - il est illégal en ce qu'il s'abstient d'encadrer avec une précision suffisante les prérogatives des procureurs de la République et des procureurs généraux en matière de délivrance de copies de décisions définitives rendues par les juridictions statuant en matière pénale, outrepassant ainsi le champ de la compétence du pouvoir réglementaire ;
 - il est illégal dès lors qu'en l'absence de délai imparti au magistrat compétent pour refuser la délivrance d'une copie, il prévoit un régime de recours qui ne répond pas aux exigences du contrôle des décisions des autorités judiciaires et prive d'effet le principe de publicité des décisions de justice rendues au pénal.
- Par arrêt inédit n° 443528 du 19 août 2022, le Conseil d'État rejette l'intégralité de la requête.

La négation du droit à la publicité des décisions de justice

En premier lieu, le Conseil d'État juge que « si les stipulations de l'article 6, § 1^{er}, de la Conv. EDH garantissent le droit de tout justiciable à ce que sa cause soit entendue publiquement et exigent que le jugement soit rendu publiquement, celles-ci ne consacrent nullement un droit à la publicité des décisions de justice pour les tiers » (pt 4). Il écarte en conséquence le moyen tiré de ce que les articles contestés seraient inconstitutionnels, partant les dispositions du décret d'application.

Cette assertion ne nous apparaît pas convaincante. Au-delà de l'adverbe « nullement » dont le caractè-

re emphatique ne peut qu'éveiller le soupçon², le droit à la publicité n'est pas institué au seul bénéfice du public, mais avant tout au bénéfice du mis en cause : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement »³. C'est bien l'accusé qui a droit à la publicité de sa cause. Ce sont les parties au procès que la publicité protège « contre une justice secrète échappant au contrôle du public »⁴. Le contrôle que doit pouvoir exercer le public ne répond pas tant à son intérêt qu'à celui des parties au procès. L'article 6, § 1^{er}, consacre le droit pour l'accusé à ce que les tiers aient accès à sa cause, et non certes le droit « pour les tiers » d'accéder à la cause. La problématique de la publicité des décisions de justice, à la lumière de l'article 6, § 1^{er}, ne doit donc pas être appréhendée par le seul prisme des tiers mais avant tout par celui du mis en cause.

En second lieu, le Conseil d'État juge que « si le principe de la publicité des débats judiciaires est un principe général du droit dont

il n'appartient qu'au législateur de déterminer, d'étendre ou de restreindre les limites, il n'en est pas de même de la publicité des décisions de justice, qui n'est pas au nombre de ces principes » (pt 8). Or, en réalité, le droit à la publicité des débats judiciaires et le droit à la publicité des décisions de justice sont intimement liés, voire consubstantiels, selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme. S'agissant tout d'abord de la distinction entre la publicité des débats et la publicité du prononcé, « la Cour rappelle que les principes régissant la publicité des débats [...] valent également pour le prononcé public des jugements [...] et tendent à un même but : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention »⁵. S'agissant de la distinction entre la publicité du prononcé et l'accès du public aux décisions rendues, la Cour de Strasbourg s'est penchée avec une attention particulière sur la question. Dans un arrêt *Pretto c/ Italie* du 8 décembre 1983, alors que le requérant se plaignait de ce que la décision civile le concernant n'avait pas été prononcée en séance publique, la Cour est allée jusqu'à faire l'exégèse comparée des versions anglaise et française de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention (jugement « *pronounced publicly* » et « rendu publiquement ») avant de conclure à l'absence de violation du texte au motif que « si le rejet du pourvoi n'a pas donné lieu à un prononcé en séance publique, toute personne peut consulter l'arrêt ou s'en procurer une copie auprès du greffe » et que dès lors, le but poursuivi par l'article 6, § 1^{er}, « n'est pas moins bien réalisé [...] par un dépôt au greffe, permettant à chacun d'avoir accès au texte intégral de l'arrêt, que par la lecture en audience publique ». Dans l'arrêt *Sutter c/ Suisse* du 22 février 1984⁶, elle a jugé que le prononcé public d'une décision ne s'imposait pas dès lors que l'accès du public à cette décision était assuré par d'autres moyens, à savoir la possibilité de demander copie de l'arrêt au greffe de la juridiction et sa publication ultérieure dans un recueil officiel de jurisprudence. Ainsi n'apparaît-il pas exact de considérer que, contrairement à la publicité des débats, la publicité des décisions de justice n'est pas au nombre des principes fondamentaux du procès équitable. Au vrai, le droit au prononcé public des jugements équivaut au droit à la publicité des débats et implique soit la publicité du prononcé, soit la mise à la disposition du public de la décision. Considérant que le droit du public à la publicité des décisions de justice n'existe pas, le Conseil d'État fonde sur ce seul motif le rejet de l'entière requête. Il valide ainsi l'article R. 167 du code de procédure pénale qui prévoit que le ministère public peut s'opposer, par décision spécialement motivée, à la délivrance de la copie des décisions définitives des juridictions du fond « s'il apparaît que la copie est demandée dans l'intention de nuire » et qu'il peut décider « l'occultation des éléments ou des motifs

(2) E. Mercinier, Et à la fin était l'adverbe, D. actu. 30 mars 2020.

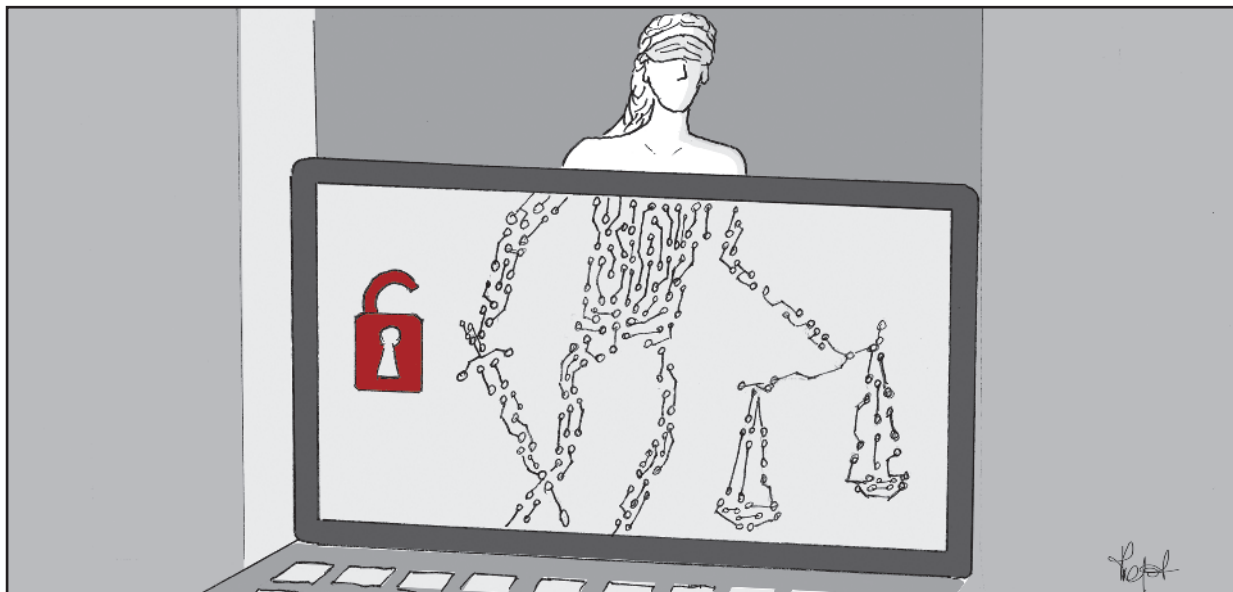
(3) Conv. EDH, art. 6, § 1 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47.

(4) CEDH 8 déc. 1983, *Pretto et a. c/ Italie*, § 21 ; CEDH 24 nov. 1997, *Werner c/ Autriche*, § 45.

(5) CEDH *Pretto et a. c/ Italie et Werner c/ Autriche*, préc., §§ 21 et 54.

(6) CEDH 22 févr. 1984, n° 8209/78, *Sutter c/ Suisse*.

ILLUSTRATION DU MOIS



de la décision qui n'ont pas à être divulgués ». Il ajoute que le critère de l'intention de nuire est suffisamment précis. En revanche, le Conseil d'État indique que les seuls éléments qui pourront être occultés par le parquet sont ceux relatifs à l'identification des personnes physiques ou ceux dont la divulgation serait susceptible de porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou au secret en matière industrielle et commerciale.

Il valide la possibilité pour le ministère public de décider l'occultation de certains motifs ou éléments d'identification si leur divulgation est susceptible de porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, prévue par les articles R. 168 du code de procédure pénale et R. 741-14 du code de justice administrative (possibilité non prévue par la loi, innovation du décret du 29 juin 2020). Le Conseil d'État juge non seulement que le principe de publicité des décisions de justice n'étant pas un principe général du droit, il relevait bien de la compétence du pouvoir réglementaire, qui pouvait donc préciser les motifs d'occultation des décisions de justice, mais il ajoute que l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, au premier rang desquels figurent l'indépendance nationale et l'intégrité du territoire, constitue un critère suffisamment précis et pertinent.

Le Conseil d'État valide aussi l'article R. 170 du code de procédure pénale qui prévoit que certaines catégories de décisions, dont les décisions non définitives, ne sont délivrées aux tiers qu'avec l'autorisation préalable du parquet et sous réserve que le demandeur justifie d'un motif légitime, et que l'autorisation est refusée en cas de risque d'atteinte à l'efficacité de l'enquête ou à la présomption d'innocence, ou pour l'un des motifs mentionnés à l'article R. 168 du même code (sécurité et vie privée des personnes physiques parties ou des tiers, atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou au secret en matière industrielle et commerciale).

Le Conseil d'État valide l'article R. 171 du même code qui prévoit que les décisions de refus fondées sur l'article R. 170 peuvent être contestées dans un délai de deux mois suivant leur notification, quoique le texte ne prévoit pas de délai à l'expiration duquel le silence du parquet ferait naître une décision implicite de rejet susceptible d'être contestée. Il expose à cet effet que l'article 802-1 du même code dispose que lorsque le ministère public ou une juridiction est saisi d'une demande à laquelle il doit être répondu par une décision motivée susceptible de recours, en l'absence de réponse dans un délai de deux mois à compter de la demande, ce recours peut être exercé contre la décision implicite de rejet.

Enfin, s'agissant de la compétence laissée aux greffiers d'occulter ce qui doit l'être, le Conseil d'État juge, d'une part, que celle-ci procède de la loi et non du règlement, d'autre part, qu'aucune disposition ne s'oppose à ce que le pouvoir réglementaire le décide.

Des conséquences pratiques déplorables

Au-delà des considérations juridiques fondamentales sur la base desquelles la décision commentée a été rendue, essentiellement celle selon laquelle l'article 6, § 1^{er}, de la Conv. EDH n'impliquerait pas le droit pour le justiciable à ce que la décision le concernant soit accessible au public, celle-ci pose d'autres difficultés pratiques et juridiques.

« **Quel spectre craint-on là de voir apparaître ?** » *Ex abrupto*, on peut s'interroger sur la légitimité de la pénalisation de la justice prédictive. Pour quel motif, au juste, l'avocat ne pourrait-il pas utiliser les données d'identité des magistrats aux fins d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles ? Quel spectre craint-on là de voir apparaître ?

En revanche, il faut avant tout admettre que l'*open data* des décisions de justice, autrement dit la mise à disposition du public à titre gratuit de l'ensemble des décisions dans un format électronique, pose des questions capitales que ne posaient jusqu'à présent pas la publicité des débats et le prononcé public des décisions, en termes de droit au respect de la vie privée et de droit à l'oubli. Il est évident que le fait de trouver d'un simple clic les décisions de justice rendues

à propos, voire à l'encontre, de tout un chacun (un candidat au recrutement, un voisin, un collègue, un flirt, etc.) des années ou des dizaines d'années auparavant, voire à l'encontre des ascendants, des descendants ou de simples proches de ce dernier, pour l'éternité que fait entrevoir internet, pose difficulté. Celle-ci tient essentiellement à la facilité, l'immédiateté, l'exhaustivité et la durée illimitée de l'accès du public à ces informations, ainsi qu'à l'absence de filtre. Car jusqu'à présent, les décisions de justice étaient certes accessibles au public mais, concrètement, via les professionnels que sont les avocats, les chercheurs et les journalistes. Le truchement de ces professionnels, obéissant à une éthique, voire une déontologie particulière, était de nature à prévenir une utilisation abusive de la publicité des décisions de justice.

Cependant, les solutions apportées par le décret du 29 juin 2020 à ces problèmes n'apparaissent pas satisfaisantes. Tout d'abord, elles portent atteinte, on l'a vu, au droit de l'accusé à ce que le public ait accès à sa cause, lequel constitue une garantie contre l'arbitraire. Au

reste, les difficultés pratiques sont nombreuses. En premier lieu, que la délivrance des copies des décisions non définitives doive faire l'objet d'une autorisation du ministère public pose problème. Ces décisions, quand bien même seraient-elles par la suite infirmées ou cassées par une juridiction supérieure, ont été rendues publiquement, à la suite d'un débat public et au nom du peuple français. Ce dernier ne devrait donc pas avoir à jus-

La défense doit être en mesure d'anticiper la décision du juge, à la lumière de la pratique actuelle des tribunaux ; elle doit aussi, *in fine*, pouvoir en apprécier la cohérence avec celle-ci, pour déterminer l'opportunité d'un appel.

tifier d'un motif particulier pour y accéder. Ces décisions forgent à un moment donné l'ordre social, seraient-elles temporaires et susceptibles de modification. C'est d'autant plus vrai qu'entre une décision de première instance et une décision de rejet de pourvoi en cassation, un délai de plusieurs années s'écoule. Durant ce long délai, la décision éclaire les membres du corps social et les juristes sur l'état du droit positif, tel qu'appliqué par les juges et ce quoique la décision ne soit pas définitive et que chacun sache qu'elle peut être infirmée en fait et en droit. Soient un prévenu et son avocat appelés devant telle chambre correctionnelle, il est indispensable qu'ils puissent prendre connaissance des décisions rendues dans des espèces semblables, non seulement par ladite chambre (*a fortiori* dans les matières techniques ou spécialisées) mais par toutes les autres juridictions de France au cours des dernières années. Limiter leur accès aux seules décisions définitives pose problème car cela impliquerait, pour nombre d'entre elles, de ne pouvoir y accéder que plusieurs années après. Il importe de savoir comment on juge actuellement et non comment on jugeait il y a quatre ans. La défense doit être en mesure d'anticiper la décision du juge, à la lumière de la pratique actuelle des tribunaux ; elle doit aussi, *in fine*, pouvoir en apprécier la cohérence avec celle-ci, pour déterminer l'opportunité d'un appel. C'est d'autant plus déplorable que le ministère public, lui, accède à toutes les décisions aisément. L'égalité des armes, s'il en est, est rompue. On sait qu'en pratique, il n'est pas rare de voir le représentant du ministère public se référer par écrit à des décisions connues de lui et de la juridiction de céans, mais non de la défense. On l'observe même dans les réquisitions écrites du parquet général devant la Cour de cassation.

La doctrine universitaire s'est elle aussi vivement émue des nouveaux textes, notamment au regard des conséquences regrettables de l'anonymisation des décisions, en termes d'intelligibilité et d'accessibilité⁷, concluant que « cette réforme est faite pour les bases de données et leur commerce, gratuit ou payant, et nuit aux juristes »⁸.

D'éminents professeurs ont encore écrit de concert et sans ambages⁹ que « toute restriction d'accès aux décisions de justice est une atteinte à la publicité de la justice ».

L'association de la presse judiciaire est allée jusqu'à évoquer une « une gifle donnée aux citoyens, aux justiciables et à la presse », dénonçant un décret « complètement déconnecté de la réalité du travail du journaliste [...] un mur administratif qui brandit le droit à l'oubli [...]. Nous le comprenons parfaitement mais il serait nécessaire de parvenir à un juste équilibre. Et là, il n'y est pas ! »

L'avocat Stéphane Bonifassi explique¹⁰ : « J'ai besoin de pouvoir obtenir l'accès à des copies de décisions de justice sans occultations pour comprendre la jurisprudence, et également pour connaître les affaires voisines à celles que je traite, tant pour des victimes que des accusés ».

Le journaliste Pierre Januel, couvrant l'actualité législative pour le site Dalloz actualité, expose¹¹ que l'article L. 111-14 du code de l'organisation judiciaire « devrait être modifié, pour prévoir un régime légal de communication aux journalistes sur des décisions d'intérêt public (par ex. sur des affaires très importantes, comme l'affaire *Fillon*), même en cas de décisions non définitives, afin de renforcer le droit à l'information : la justice est rendue au nom du peuple français et l'institution doit expliquer ses décisions même quand elles ne sont pas définitives ».

Certes, l'équilibre entre, d'une part, le droit à la vie privée et le droit à l'oubli, incontestablement mis en danger par l'*open data* des décisions de justice, et, d'autre part, le droit à un procès équitable, le droit du public à l'information et le nécessaire accès des professionnels, dans une société démocratique, à toutes les décisions de justice non anonymisées, fussent-elles non définitives, n'est pas aisé à trouver. Aussi faut-il rappeler que, dans une déclaration commune publiée le 6 juillet 2020, le vice-président du Conseil d'État, la présidente du Conseil national des barreaux et le président de l'Ordre des avocats aux Conseils ont appelé à la désignation d'une autorité publique chargée d'assurer la régulation et le contrôle tant des algorithmes utilisés pour l'exploitation des bases de données des décisions de justice que de la réutilisation des informations qu'elles contiennent, en lien avec les juridictions administratives et judiciaires ainsi qu'avec l'Ordre des avocats aux Conseils et avec le Conseil national des barreaux.

(7) P.-Y. Gautier, Le filtre intellectuel apporté par la « doctrine » à l'analyse des décisions de jurisprudence est source de gain de temps pour tous, JCP 20 janv. 2020, n° 3, p. 88.

(8) N. Blanc et P.-Y. Gautier, Contre « l'anonymisation » des arrêts publiés : décadence des références de jurisprudence, D. 2019. 1648.

(9) Th. Perroud, P. Bourdon, L. Cluzel et O. Renaudie, L'*Open data* ou comment accomplir (enfin !) la promesse de la publicité de la justice, D. actu. 12 oct. 2020.

(10) Gotham City dépose un recours au Conseil d'État contre le décret *open data*, Gotham City 1^{er} sept. 2020, <https://gothamcity.fr/2020/09/01/gotham-city-depose-un-recours-au-conseil-detat-contre-le-decret-open-data/>

(11) *Ibid.*