

N° 414859

M. L...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 14 février 2018

Lecture du 5 mars 2018

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Nous voudrions vous convaincre que cette affaire atypique en matière pénitentiaire est l'occasion rêvée de faire usage du tout aussi atypique référé mesures utiles. On sait que cette voie de recours, prévue à l'article L. 521-3 du code justice administrative, n'a pas très bonne presse. Mais nous avons le sentiment d'être précisément dans le cas où il pourrait, comme son nom l'indique, se révéler utile. Ou plutôt, dans un cas où il aurait pu se révéler utile, au moment où le juge des référés du tribunal administratif a statué. Aujourd'hui en effet, la mesure sollicitée a perdu son objet, de sorte que nous vous inviterons à prononcer le non-lieu, mais seulement après l'énoncé d'une règle de droit entraînant la cassation. En procédant de la sorte plutôt que de prononcer directement un non-lieu en cassation, vous ferez vous-même œuvre utile, ce qui est décidément le fil conducteur de notre propos.

M. L... était détenu pour un an au centre pénitentiaire de Nouméa. A ce malheur s'en ajoutaient au moins deux autres. D'une part, M. L... dispose d'un compte de messagerie pas des plus performants : celui-ci a pour particularité que le contenu de la boîte mail est effacé en l'absence de connexion pendant une durée de six mois. D'autre part, M. L... n'a ni famille ni ami et ne peut donc solliciter de personne, à l'extérieur, qu'il se connecte pour lui afin de faire échec à la destruction de sa messagerie.

M. L... allègue, sans être contredit, avoir stocké sur sa messagerie toutes sortes de documents personnels dont il n'a pas conservé de copie – version numérisée de diplômes, relevés de salaires, recommandations d'anciens employeurs, œuvres de l'esprit. Aussi a-t-il envisagé avec inquiétude l'approche de la date fatidique à laquelle le contenu de sa messagerie allait être détruit. Il a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'une demande tendant à ce qu'il ordonne « toute mesure utile à la préservation de sa messagerie électronique », que ce soit en lui permettant de se connecter lui-même ou en désignant une personne assujettie au secret professionnel à cet effet. Le JRTA a rejeté la demande en se bornant à relever, sans la moindre explication, que tout cela ne relevait pas de son office. Cet office, il est accusé par le pourvoi de l'avoir, ce faisant, méconnu.

Comme le juge des référés n'a pas expliqué en quoi l'intervention sollicitée ne relevait pas de son office, il faut, pour décider s'il avait raison, passer en revue l'ensemble des conditions encadrant cet office, pour vérifier si elles étaient remplies.

Dans le dernier état de votre jurisprudence, telle que remodelée par votre décision B...(CE Sect., 5 février 2016, M. B..., n^{os} 393540-393451, p.), l'intervention du juge du référé mesures

utiles, saisi dans une matière qui n'est pas manifestement insusceptible de se rattacher à la compétence du juge administratif, suppose la réunion des conditions suivantes : la mesure sollicitée, qui doit poursuivre une fin conservatoire ou provisoire, doit être justifiée par l'urgence ; elle doit être utile ; elle ne doit se heurter à aucune contestation sérieuse ; ses effets ne doivent pas pouvoir être obtenus par la voie des référés liberté et suspension ; elle ne doit faire obstacle à l'exécution d'aucune mesure administrative, notamment pas, sauf péril grave, une décision de refus préalablement opposée par l'administration.

La mesure sollicitée – enjoindre à l'administration de permettre une connexion pour faire échec à la destruction imminente de données – est conservatoire par excellence. Il n'est pas contesté qu'elle est justifiée par l'urgence, en raison de l'imminence de l'échéance des six mois sans connexion. Elle ne fait obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative, en particulier pas une décision de refus préalable, puisque M. Levret est allé directement devant le juge sans faire naître de décision de refus de l'administration. Il faut donc se pencher sur les autres conditions.

La condition d'utilité n'a jamais fait l'objet de théorisation explicite. Mais de l'analyse de votre jurisprudence se dégagent deux critères cumulatifs.

Premièrement, s'agissant d'une utilité qui doit être juridique, vous exigez que la mesure entende contrecarrer ou prévenir l'existence d'un droit lésé. Nous n'avons pas grand scrupule à admettre la perspective d'un droit lésé en l'espèce : puisqu'il n'est pas contesté que M. L... a stocké sur sa messagerie un nombre important de documents lui appartenant, est en cause son droit de propriété. Nous ne voyons pas en quoi le caractère dématérialisé des documents en cause conduirait par principe à leur dénier le caractère de biens relevant de ce droit. Au demeurant, bien que M. L... n'ait pas de proches et donc vraisemblablement peu de correspondance personnelle, on ne peut totalement exclure que sa messagerie contienne des éléments relatifs à sa vie privée, dont la destruction définitive porterait atteinte au respect de cette dernière (sur la protection du contenu des correspondances électronique par le droit au respect de la vie privée, v. not. l'*a contrario* de la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015 sur les données de connexion ; et pour la mobilisation du droit au respect de la vie privée en référé mesures utiles, CE, 26 octobre 2011, *B...*, n° 350081, T. p.).

Deuxièmement, la condition d'utilité suppose que la mesure sollicitée ne soit pas superflue, c'est-à-dire qu'elle soit de nature à préserver ou rétablir le droit lésé, sans que ses effets puissent être obtenus par d'autres moyens (v., CE, 3 mars 2008, *Ministre de la défense c/ Commune d'Aiguines*, n° 308275, T. p. 862). C'est ce dernier point qui nous semble le plus délicat. Il va de soi qu'au point où en est M. L..., la mesure est seule de nature à prévenir la destruction de ses biens et l'atteinte à sa vie privée. Mais M. L... n'en a pas toujours été à ce point. Autrement dit, il n'en serait pas là s'il avait eu, au moment de son incarcération, la présence d'esprit de conserver ses données sur une clef USB, qu'il aurait pu déposer au greffe de l'établissement s'agissant de données personnelles (art. R. 57-6-1 du code de procédure pénale) plutôt que de les laisser piégées dans une messagerie dont la durée de vie sans connexion était inférieure au quantum de sa peine.

Vous n'avez certes pas l'habitude de vous lancer dans des raisonnements hypothétiques de ce type, et le fait que la mesure soit la seule possible à la date où l'intéressé la forme devrait suffire à emporter la qualification d'utilité. Mais nous ne voudrions pas vous entraîner dans un cercle infernal, conduisant à enjoindre à l'administration de prendre toutes les mesures auxquelles les détenus n'ont pas eu la présence d'esprit de penser, et dont le

défaut entraînerait la lésion d'un droit. En d'autres termes, nous ne plaçons pas pour que le référé mesures utiles serve à enjoindre à l'administration d'aller fermer le robinet que le détenu aurait laissé couler en quittant son domicile, pour éviter une inondation attentatoire à son droit de propriété pendant le temps de sa détention.

Mais nous pensons que face à un tel cas de figure, et afin de ne pas mettre l'administration dans une situation délicate, la bonne façon de faire pour apprécier l'utilité est, un peu comme en théorie du bilan, ou comme lorsque vous appréciez en référé suspension la condition d'urgence, de réaliser une pesée entre l'utilité intrinsèque au regard des droits du demandeur et la désutilité résultant de la contrainte imposée à l'administration. En d'autres termes, il faut que la mesure soit plus utile au demandeur qu'elle n'est contraignante pour l'administration. Compte tenu du caractère parfaitement véniel de ce qui est attendu de l'administration en l'espèce, nous estimons que ce bilan est favorable à M. L....

La condition d'absence de contestation sérieuse nous semble également remplie. Cela nous conduit à écarter trois lignes de défense de l'administration.

La première, consistant à soutenir qu'il n'y a pas d'ordinateur relié à internet dans les locaux du centre pénitentiaire, ne nous retient pas une seconde : bien entendu, les ordinateurs mis à la disposition des détenus ne sont pas connectés (v. la circulaire du 13 octobre 2009 sur l'accès des personnes détenues à l'informatique), faute de quoi M. L... ne serait pas venu devant le juge ; mais nous doutons fort qu'il ne se trouve dans les services administratifs aucun ordinateur relié à internet, même pas dans le bureau du directeur de la prison ! En outre, cette circonstance bien improbable ferait échec à ce qu'on autorise pour M. L... une connexion ponctuelle surveillée, pas qu'on désigne un tiers de confiance à qui il pourrait confier la mission de se connecter.

La deuxième ligne de défense consiste en l'invocation du code de déontologie du service public pénitentiaire, édicté par le décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010, dont l'article 19 dispose que : « Le personnel de l'administration pénitentiaire (...) ne peut se charger (...) d'aucune mission (...) pour le compte des personnes qui lui sont confiées ». C'est là une objection plus sérieuse, mais nous ne croyons pas qu'elle le soit dans le cadre de la procédure de référé. La condition que la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse trouve son fondement dans la volonté que le juge du référé mesures utiles reste un juge de l'évidence et ne se mêle pas de trancher, dans le cadre d'une procédure d'urgence au demeurant peu encadrée, des questions de droit ou de prendre des paris douteux qui mériteraient réflexion. C'est donc une condition qui saisit l'injonction prononcée par le juge. Le code de déontologie, pour sa part, a pour objet d'interdire aux agents pénitentiaires de prendre l'initiative de nouer avec les détenus des relations personnelles, et de prendre sur eux d'accepter des missions à titre individuel, sans y être habilités. Tel ne serait pas le cas d'une mission prise en charge sur injonction du juge. A cet égard, le code de déontologie interdisait sans doute aux agents informellement sondés par M. L... de prendre sur eux de lui rendre service ; il n'interdit pas au juge de confier à l'administration la réalisation d'une mesure utile, et ne saurait placer en délicatesse l'agent qui obtempérerait à cette injonction.

La troisième ligne de défense, à peine esquissée par le ministre, est un peu plus substantielle. Elle tient à l'idée que la responsabilité de l'administration pénitentiaire quant à la protection des biens des détenus ne saurait concerner que ceux de ces biens qui sont situés

dans l'établissement pénitentiaire¹. Elle se prévaut d'un avis du contrôleur général des lieux de privation de liberté du 10 juin 2010, relevant les obligations attachées au droit au respect des biens « bénéficie aux détenus comme à toute personne, par conséquent s'étend aux biens personnels que les personnes détenues peuvent avoir avec elles au jour de leur incarcération et pendant leur emprisonnement », ajoutant que « La garantie est d'autant plus nécessaire aux personnes privées de leur liberté que celles-ci sont séparées par l'effet de la détention de la majorité des biens qu'elles possèdent et n'ont avec elles que peu d'objets ». Mais d'une part, ces considérations relatives à des biens matériels et physiquement localisables sont assez inopérantes à saisir des données immatérielles qui, par définition, ne sont localisées nulle part, soit pas plus à l'intérieur de la prison qu'en dehors. D'autre part, ce n'est pas parce qu'il n'existe aucune obligation structurelle pour l'administration d'assurer activement la préservation de biens du détenu autres que ceux placés sous sa garde qu'il est inatteignable au juge des référés d'enjoindre une mesure ponctuelle utile à la préservation de ces biens autres à l'administration pénitentiaire, en sa qualité de responsable de la personne détenue dont les droits sont en passe d'être affectés et qui ne peut y remédier elle-même compte tenu des contraintes inhérentes à la détention. D'autant que vous aurez pris soin de vérifier, au titre de la condition d'utilité, qu'il ne met ce faisant pas de charge exorbitante à la charge de l'administration.

Reste la dernière condition relative au caractère subsidiaire du référé mesures utiles, tendant à ce que les effets de la mesure ne doivent pas pouvoir être obtenus par la voie des référés liberté et suspension. Le mode d'emploi de cette condition n'a été que très implicitement précisé par votre décision *B...* n^{os} 393540-393451 précitée qui entend pourtant la réitérer fermement.

S'agissant du référé suspension, l'intention qui y préside est de ne pas détourner les justiciables de la voie normale qui consiste à s'adresser, en cas de problème, au premier chef à l'administration, dont la décision pourra être soumise au juge du référé suspension. Par rapport à ce circuit de principe, le référé mesures utiles trouvera dans deux cas de figure son terrain d'élection : dans les cas, rarissimes, où le demandeur est mis dans l'incapacité de faire naître une décision, même implicite, de l'administration (l'hypothèse unique à ce jour est celle de la carence de l'Ofpra à statuer sur une demande d'asile, dès lors que vous avez jugé que le silence ne faisait naître aucune décision implicite d'octroi ou de rejet de l'asile. V., pour la pertinence du référé mesures utiles dans ce cas, CE, 18 juillet 2011, *M. F...*, n^o 343901, p. 366²) ; et dans les cas où un élément d'urgence particulier rend trop longue la voie du référé suspension, compte tenu de la contrainte de faire naître une décision préalable (v. not. CE, Section, 6 février 2004, *M...*, n^o 256719, p. 45, pour une demande d'édiction urgente d'un arrêté interruptif de travaux et d'un procès verbal d'infraction, ou l'abondante jurisprudence ordonnant la production de documents utiles à une instance contentieuse, dont les délais sont incompatibles avec l'exercice d'un RAPO devant la CADA). Nous nous trouvons dans cette dernière hypothèse : compte tenu de l'imminence de la menace d'une destruction de la messagerie, *M. L...* n'avait pas le temps de faire naître une décision de refus susceptible de référé suspension.

S'agissant du référé liberté, la ligne de partage épouse pour l'essentiel les contours de l'urgence à quarante-huit heures (v. décision *N...*, n^o 350081 précitée ; encore que, en cas

¹ (v., outre les règles relatives aux documents personnels précités et celles relatives aux biens pécuniaires, figurant aux articles D. 319 et suivants du code de procédure pénale, les règles dégagées par votre jurisprudence, CE, 6 juillet 2015, *Garde des sceaux c. M. D...*, n^o 373267, T. p.).

² Le juge du référé mesures utiles enjoint alors à l'Ofpra de procéder à l'examen.

d'urgence réelle, il n'est pas certain que la vérification de la subsidiarité soit véritablement exigée : CE, Section, 16 novembre 2011, *Ville de Paris et société d'économie mixte PariSeine*, n^{os} 353172, 353173, p. 552). Il peut aussi y avoir la place pour une mesure utile à la préservation d'un droit même en l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Ces deux conditions nous semblent remplies en l'espèce où, d'une part, l'affaire est trop urgente pour le référé suspension sans relever pour autant d'une urgence à quarante-huit heures, et où, d'autre part, il n'est pas question d'atteinte grave aux droits fondamentaux du fait d'une carence manifestement fautive de l'administration.

Pour résumer, nous ne trouvons aucun motif pour juger que les mesures sollicités en l'espèce ne relèveraient pas de l'office du juge des référés mesures utiles. Nous vous invitons donc à censurer une erreur de droit, ce qui confirmera le caractère particulièrement adapté de du référé mesures utiles à la matière pénitentiaire, où il est fréquent que de petites choses, trop petites pour le juge des référés libertés, mais qui portent aux droits des personnes une atteinte amplifiée par la situation de vulnérabilité découlant de la détention³, nécessitent une intervention juridictionnelle pragmatique, hors de portée du juge du référé suspension (v., pour l'injonction à l'administration pénitentiaire de faire cloisonner les cabines téléphoniques des détenus, CE, 3 juillet 2014, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Section française de l'observatoire international des prisons*, n^o 379875, inédite ; pour l'injonction à l'administration pénitentiaire de faire réparer le système de surveillance d'une personne faisant l'objet d'une libération conditionnelle sous surveillance électronique mobile, N..., n^o 350081 précitée).

Après cassation, nous envisageons de vous faire enjoindre à l'administration, à titre principal, de permettre à M. L... de se connecter sous surveillance et, à titre subsidiaire, de le mettre en contact avec un tiers astreint au secret susceptible d'accomplir l'opération à sa place. A cet égard, le juge des référés avait au moins eu une intuition, en envoyant copie de son jugement au défenseur des droits. Celui-ci bénéficie en effet d'un délégué attaché au centre pénitentiaire de Nouméa et qui, astreint au secret professionnel, et chargé de participer au règlement des difficultés signalées, pourrait bien faire l'affaire de M. L....

Simplement, les malheurs de ce dernier ont trouvé une fin plus heureuse encore puisque, postérieurement à l'introduction de son pourvoi, il a bénéficié d'une remise de peine entraînant sa libération le 2 janvier dernier. Sa demande a donc perdu son objet.

PCMNC – Cassation pédagogique et un brin disciplinaire, non-lieu après cassation et octroi des frais irrépétibles à l'auteur du pourvoi.

³ En ce sens, nous ne revenons pas sur notre conviction, exprimée dans l'affaire B... n^{os} 393540-393451, selon laquelle en deçà d'un seuil de lésion des droits suffisant, une mesure pourrait perdre toute utilité même au sens de l'article L. 521-3. Nous pensons simplement que ce seuil de justiciabilité est potentiellement plus bas ici qu'ailleurs.