

\*

\*\*

Attendu avec une certaine impatience, l'arrêt de Grande Chambre *S. et Marper c/ Royaume-Uni* du 4 décembre 2008 est peut-être le plus important parmi plus de 1000 arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 2008. Avec beaucoup de clarté et un certain courage, elle y prend en effet position sur la question de la conservation des données au caractère le plus éminemment personnel qui ont été prélevées sur des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais qui, en définitive, n'ont pas été condamnées. De manière plus générale, elle devait dire également si, du point de vue des droits de l'homme, les fulgurantes innovations de la génétique et des technologies de l'information doivent être davantage prises en compte pour leur contribution spectaculaire à l'amélioration de la prévention et de la détection des infractions ou pour les intrusions abyssales dans l'intimité irréductible de chaque individu qu'elles permettent. Alors que les démocraties occidentales sont puissamment travaillées par une idéologie sécuritaire savamment diffusée par les médias les plus influents, la Cour, par un arrêt rendu à l'unanimité des 17 juges d'une Grande Chambre, a su prendre l'opinion à rebrousse-poil pour faire prévaloir le droit au respect de la vie privée sur les emballements de la technologie répressive. L'arrêt *S. et Marper* a donc vocation à devenir un grand arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Il convient cependant de l'étudier de façon détaillée pour pouvoir dire s'il peut, aussi, être considéré comme un bel arrêt.

Les faits des deux affaires, dont une chambre s'était dessaisie en faveur d'une Grande Chambre suivant la procédure de l'article 30 de la Convention, étaient d'une grande simplicité. Dans les deux cas, les autorités répressives avaient relevé et prélevé des empreintes digitales et des échantillons d'ADN. Dans l'affaire *S.*, il s'agissait d'un mineur de 11 ans, *S.*, arrêté et inculpé de tentative de vol avec violence puis acquitté ; dans l'affaire *Marper*, d'un homme inculpé de harcèlement à l'égard de sa femme qui, à la faveur d'une réconciliation, avait bénéficié d'un classement sans suite. Dans les deux cas, la destruction des données personnelles avaient été demandées, mais la Chambre des *Lords*, éblouie par l'intérêt considérable attaché à la conservation des empreintes et échantillons recueillis sur des suspects, s'opposa à sa réalisation : seule la baronne Hale of Richmond, à l'opinion de laquelle la Grande Chambre a accordé beaucoup de poids, se dissocia de la majorité. Pour apprécier si cette apothéose de la police scientifique organisée en Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande du Nord, devait servir de modèle pour l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe ou si, au contraire, elle devait être jugée attentatoire au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, la Cour a déployé une démonstration d'un impeccable classicisme européen. Elle procède, en effet, en deux temps pour s'assurer, d'abord que la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN peut s'analyser en une ingérence dans la vie privée des intéressés - ce qui revient à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 8 - puis, ayant répondu par l'affirmative, pour vérifier si cette ingérence était ou non justifiée au regard du second paragraphe de cet article.

La question de l'applicabilité de l'article 8 à la conservation des données à caractère éminemment personnel recueillies sur des personnes poursuivies puis innocentées a été résolue par la Cour avec une précision et une densité remarquables que devraient saluer même les sempiternels grincheux qui critiquent toujours les arrêts strasbourgeois sans se donner la peine de les lire au prétexte qu'ils sont beaucoup trop longs alors que leur temps est tellement précieux. De ce point de vue, le premier apport, fondamental, de l'arrêt *S. et Marper* est de s'être appuyé sur la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel pour affirmer, de manière inédite, que l'identité ethnique d'un individu doit aussi être considérée comme un élément important de sa vie privée. Cette précision est d'autant plus importante que, même si les requérants ne l'avaient pas fait valoir, l'orientation des enquêtes en fonction d'informations sur l'origine ethnique des personnes soupçonnées, ou plutôt susceptibles d'être soupçonnées, d'avoir commis une infraction, est une des menaces les plus graves que fait peser la conservation générale et indifférenciée des données à caractère éminemment personnel. Toujours d'un point de vue général, l'autre intérêt majeur de l'arrêt du 4 décembre 2008 est d'avoir proclamé en Grande Chambre une idée qu'une décision d'irrecevabilité *Van der Velden c/ Pays-Bas* du 7 décembre 2006 avait furtivement évoquée, à savoir que « compte tenu du rythme élevé auquel se succèdent les innovations dans le domaine de la génétique et des technologies de l'information, la Cour ne peut écarter la possibilité que les aspects de la vie privée se rattachant aux informations génétiques fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies nouvelles que l'on ne peut prévoir aujourd'hui avec précision ». Ainsi, l'arrêt *S. et Marper* sera-t-il peut-être un jour cité pour avoir résolument soumis la protection des droits de l'homme au principe de précaution...

Rappelant, toujours de manière générale, que, suivant les arrêts *Lander c/ Suède* du 26 mars 1987 et *Amann c/ Suisse* du 16 février 2000, le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 indépendamment du point de savoir si elles ont été utilisées par la suite, la Cour, tenant dûment compte du contexte dans lequel les informations relatives à *S.* et à *Marper* avaient été recueillies et conservées, a répondu à la question particulière de l'existence d'ingérence dans la vie privée en séparant le cas des échantillons cellulaires et profils ADN de celui des empreintes digitales.

S'agissant des échantillons cellulaires et des profils ADN, la décision précitée *Van der Velden* de 2006 avait déjà estimé que la conservation systématique de pareils éléments était suffisamment intrusive pour entraîner une atteinte au droit au respect de la vie privée. La Grande Chambre s'en est surtout tenue à décliner l'invitation du gouvernement britannique de démentir ce point de vue limitatif de l'efficacité de la police scientifique. Elle a donc confirmé solennellement l'applicabilité de l'article 8 en raison de l'ingérence dans la vie privée que représentait tant la conservation des échantillons cellulaires que celle des profils ADN. Il n'allait pourtant pas de soi que la même solution puisse s'appliquer aussi à ces derniers éléments contenant moins d'informations personnelles qui ne sont d'ailleurs intelligibles qu'à un nombre restreint de personnes dans la mesure où elles sont codées. La Grande Chambre a donc utilement précisé que le fait qu'ils fournissent un moyen de découvrir les relations génétiques pouvant exister entre des individus suffisait en soi à conclure que leur conservation constituait également une atteinte au droit au respect de la vie privée.

L'apport de l'arrêt *S. et Marper* est beaucoup plus considérable à l'égard des empreintes digitales dont une décision de la Commission du 15 mai 1996 *Kinnunen c/ Finlande* avait naguère estimé que leur conservation ne s'analysait pas en une ingérence dans la vie privée. Estimant qu'il convenait de « réexaminer le problème », expression qui n'est pas sans rappeler la formule sacramentelle d'annonce de revirement d'une jurisprudence qui doit « être revue » (1), la Cour décide de retenir l'approche adoptée au sujet des photographies (2) et des échantillons de voix (3) pour décider que, désormais, les empreintes digitales sont susceptibles de porter atteinte à la vie privée et qu'il n'y a pas lieu de distinguer leur conservation de celles des échantillons et profils ADN. À peine est-il concédé que leur prélèvement, leur utilisation et

leur stockage puissent être considérés à part.

L'entrée groupée des empreintes digitales, des échantillons cellulaires et profils ADN dans le champ de la vie privée au sens de l'article 8 vaut de manière générale, sans considération de la situation pénale des personnes sur lesquelles ils ont été relevés ou prélevés. En revanche, du point de vue de la justification de l'ingérence que leur conservation constitue, la Cour précise expressément que son argumentation ne vaut qu'à l'égard des personnes soupçonnées d'avoir commis certaines infractions pénales mais qui n'ont pas été condamnées. Cela ne revient sans doute pas à dire que la conservation des mêmes éléments recueillis sur des personnes condamnées qui ont aujourd'hui purgé leur peine sera toujours justifiée au regard de l'article 8 § 2. En tout cas, pour dire à quelles conditions elle pourrait l'être, il faudra attendre un autre arrêt que l'arrêt *S. et Marper*. Celui-ci aborde la question de la justification de l'ingérence dans la vie privée des personnes poursuivies mais innocentées en s'en tenant essentiellement à vérifier si elle était proportionnée.

À cet égard, elle commence par admettre qu'il est hors de doute que la lutte contre la criminalité, et notamment contre le crime organisé et le terrorisme auxquels les sociétés européennes doivent faire face à l'heure actuelle, dépend dans une large mesure de l'utilisation des techniques scientifiques modernes d'enquête et d'identification. Elle ne se laisse pas pour autant séduire par la propagande sécuritaire du Royaume-Uni - qui, se prétendant modestement à l'avant-garde en matière d'usage d'échantillons ADN, assurait que lorsque les autres pays membres du Conseil de l'Europe seraient parvenus à la même maturité ils s'empresseraient d'autoriser, eux aussi, la conservation généralisée et indifférenciée de si précieux éléments d'identification -, en affirmant que les avantages susceptibles de découler d'un élargissement maximal de la base de données ADN ne devaient pas occulter l'intérêt concurrent que constitue la préservation de la vie privée. Dans ces conditions, elle délivre un avertissement solennel et général qui ne fera pas grincer seulement des dents anglaises et qui semble promis à d'importantes répercussions au-delà du droit pénal : « tout État qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution des nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière ». Or, en l'occurrence, la Cour a estimé que le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées tel qu'il avait été appliqué aux requérants, n'avait pas traduit un juste équilibre entre les intérêts publics et privés en présence et que l'État défendeur avait outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Pour parvenir à cette conclusion conduisant à analyser la conservation litigieuse en une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et à un constat de violation, la Cour a essentiellement retenu deux arguments qui ne manqueront pas d'être médités en France où les tentations de s'aligner sur les positions anglaises qui viennent d'être stigmatisées sont particulièrement fortes depuis quelques années, comme chacun a pu s'en rendre compte. L'un, spécifique à S. qui n'avait que 11 ans au moment où il avait été inculpé, tient à la situation spéciale des mineurs et à l'importance que revêtent leur développement et leur intégration dans la société. La Cour, évoquant à nouveau la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989, considère qu'il faut veiller avec un soin particulier à protéger les mineurs de tout préjudice qui pourrait résulter de la conservation par les autorités, après un acquittement, des données privées les concernant. L'autre découle du droit à la présomption d'innocence. Rappelant la règle générale, énoncée par l'arrêt *Rushiti c/ Autriche* du 21 mars 2000, suivant laquelle on ne peut plus exprimer de soupçon sur l'innocence d'un accusé une fois qu'il a été acquitté, la Cour se montre particulièrement préoccupée par le risque de stigmatisation qui découle du fait que des personnes dans la situation des requérants, qui n'ont été reconnus coupables d'aucune infraction, sont traitées de la même manière que des condamnés puisque les données les concernant sont conservées indéfiniment alors que celles relatives aux individus n'ayant jamais été soupçonnés sont détruites.

Cet argument particulier aux personnes innocentées contribue encore à limiter la portée de l'arrêt *S. et Marper*. C'est le principal regret qu'il puisse inspirer. On peut en effet penser que la Grande Chambre aurait pu saisir l'occasion qui lui était offerte pour résoudre de la manière la plus complète possible une question aussi importante. Il reste que, à partir de l'aspect auquel il a choisi de s'en tenir, l'arrêt *S. et Marper* a su élever un rempart pour mettre les droits de l'homme à l'abri des débordements de la science et de la technologie. La combinaison d'apports aussi considérables et aussi originaux que l'intégration de l'identité ethnique à la vie privée, l'assimilation de la conservation des empreintes digitales à celle des échantillons et profils ADN, la responsabilité particulière des États pionniers dans l'évolution des nouvelles technologies, ou encore l'obligation faite à l'État défendeur de mettre en oeuvre les mesures générales et/ou individuelles appropriées pour assurer aux requérants et aux autres personnes dans la même situation le droit au respect de leur vie privée, en font aussi très probablement un bel arrêt. En tous cas, sa lecture attentive doit être vivement conseillée à tous les ministres et à tous les parlementaires qui doivent avoir assumé la responsabilité particulière de concilier le sécurisant accroissement des moyens de la police scientifique et le nécessaire respect des droits de l'homme.

**Mots clés :**

**DROIT ET LIBERTÉ FONDAMENTAUX** \* Vie privée et familiale \* Empreinte génétique \* ADN \* Conservation \* Personne innocentée

**PROCEDURE PENALE** \* Preuve \* Moyen de preuve \* Empreinte génétique \* Conservation \* Personne innocentée

(1) Comparer le § 153 de l'arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie*, 12 nov. 2008.

(2) Avis de la Commission EDH du 19 mai 1994 rendu dans l'affaire *Friedl c/ Autriche*.

(3) CEDH 25 sept. 2001, *P. G. et J. H. c/ Royaume -Uni*.