Preuves scientifiques et technologiques

Olivier Leclerc, Étienne Vergès, Géraldine Vial

▶ **To cite this version:**

Olivier Leclerc, Étienne Vergès, Géraldine Vial. Preuves scientifiques et technologiques. Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 2021, 13, pp.217-235. 10.4000/cdst.4242 . halshs-03435928

HAL Id: halshs-03435928
https://shs.hal.science/halshs-03435928

Submitted on 19 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Paru *in* : Cahiers Droit, Sciences et Technologies, n° 13, 2021, pp. 217-235.

Chronique Preuves scientifiques et technologiques

Olivier Leclerc, Directeur de recherche au CNRS, CTAD (UMR 7074), Université Paris Nanterre, Ecole normale supérieure
Etienne Vergès, Professeur à l'Université Grenoble Alpes
Géraldine Vial, Maître de conférences à l'Université Grenoble Alpes

Panorama d'actualité

Constats d'huissier en ligne : le cas particulier du constat portant sur une application mobile
CA Paris, 22 septembre 2020, n° 19/10492

Lorsqu'il s'agit de constater un fait juridique sur Internet, par exemple en matière de contrefaçon, de concurrence déloyale ou encore d'atteinte à l'image, la preuve est localisée dans un univers virtuel mais qui reste accessible, souvent à partir de la simple consultation d'une page web. En dépit de son caractère immatériel, le contenu de ces pages web peut aujourd'hui, tout comme le contenu plus classique d'un bien immobilier (par exemple, le contenu d'un appartement), faire l'objet d'un constat réalisé par un huissier de justice pour les besoins de la preuve. Bien que le législateur ne soit pas venu réglementer ce cyber mode de preuve, le constat d'huissier sur Internet est devenu une pratique courante, désormais encadrée par la jurisprudence[1]. La situation est toutefois différente dans le cas du constat d'huissier ayant pour objet le contenu d'une application mobile ; celui-ci nécessitant une action plus importante de la part de l'officier ministériel, en l'occurrence le téléchargement de l'application, la création d'un compte, l'utilisation d'un code secret, puis l'ouverture de l'application. Dans cette situation, l'huissier ne se contente plus de jouer son rôle classique de spectateur. Il entre dans une démarche plus active et la question se pose dès lors de savoir si l'huissier se contente de « constater » comme cela est prévu par la loi. Ce nouveau rôle de l'huissier a ainsi soulevé la question de la recevabilité de ce constat dans le contentieux grandissant des applications pour smartphone. Dans un arrêt rendu le 22 septembre 2020, la Cour d'appel de Paris est, pour la première fois, venue apporter quelques éléments de réponse.

En l'espèce, une association avait développé, depuis 2010, une base de données recensant et localisant les défibrillateurs cardiaques accessibles au public et avait créé une application sur téléphone mobile permettant de géolocaliser ces défibrillateurs. Huit ans plus tard, une application concurrente est apparue. Prétendant que cette seconde application contenait des données qui n'avaient pu être obtenues que par extraction de celles de la base de données initiale, créée en 2010, la première association a fait dresser un procès-verbal de constat d'huissier portant sur le contenu des deux applications. Pour réaliser ce constat, l'huissier de justice a procédé au téléchargement des applications litigieuses en se créant, au préalable, un compte privé sur une plateforme de téléchargement, puis a utilisé les codes de connexion personnels du requérant pour ouvrir ces applications et constater leur contenu. La recevabilité de ce constat a alors été contestée jusqu'à la Cour d'appel de Paris.

Se posait donc la question de savoir si un tel constat constituait toujours une « constatation », au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, et pouvait par conséquent être reçu aux débats. L'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 prévoit en effet, en son article 1er, que les huissiers de justice ne peuvent qu'« *effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter* ». La notion

1 CA Paris, 12 janvier 2016, n°2014/14431 reprenant pour l'essentiel les exigences de la norme AFNOR Z67-147 instaurant un protocole permettant d'authentifier les constatations effectuées par les huissiers sur Internet.

de « constatations purement matérielles » n'a pas été définie par le législateur. La jurisprudence a seulement précisé que cette notion est exclusive de toute opération intellectuelle de la part de l'huissier[2]. C'est notamment ce qui distingue le constat d'huissier de la consultation ou de l'expertise. Par ailleurs, l'huissier doit rester un tiers neutre, indépendant et impartial. Il ne peut avoir recours à aucun stratagème juridique ou factuel. Il ne peut, par exemple, acheter lui-même un produit pour en constater la vente[3]. Si en l'espèce, la question de l'achat de l'application mobile par l'huissier n'était pas posée puisque l'application en cause était gratuite, la question plus générale de la passivité du rôle de l'officier public était soulevée. En procédant à l'installation, puis à l'ouverture de l'application mobile, l'huissier avait, en effet, entrepris une démarche plus active que lorsqu'il se contente de consulter une page web.Sur cette notion de rôle passif, la jurisprudence avait déjà précisé que le fait de « cliquer » sur des mentions d'un site Internet[4] ou de réaliser des captures d'écran de certaines pages[5] ne constituait pas une opération intellectuelle de la part de l'huissier. Il en est de même dans cet arrêt. Le fait pour l'huissier de justice de télécharger une application gratuite s'assimile à un simple clic : il ne fait qu'accéder à quelque chose d'accessible à tous et demeure ainsi un tiers passif. Les juges posent cependant des garde-fous au téléchargement de l'application. La décision étudiée précise en effet que « *l'huissier a conservé un rôle passif dès lors que cette opération ne requérait aucun contrôle ou autorisation préalables et entraînait l'ouverture automatique du compte sans tri ni sélection* ». L'huissier conserve ainsi son rôle passif seulement s'il télécharge une application proposée au grand public, sans sélection ou autorisation préalable. *A contrario*, il ne devrait pas pouvoir télécharger avec ses identifiants, une application réservée à une catégorie particulière de personnes, préalablement sélectionnées (une catégorie professionnelle par exemple).A la condition d'être accessible à tous, le téléchargement d'une application peut donc être réalisé par l'huissier, sur le compte privé de son étude, au moyen de ses propres identifiants et en mentionnant clairement son identité. Cette opération lui assure le respect du protocole jurisprudentiel permettant d'authentifier les constatations effectuées par les huissiers sur Internet[6]. Pour cette première étape du téléchargement, l'huissier n'a donc pas à prendre la précaution du recours à un tiers. Pour la suite des opérations, c'est-à-dire pour l'ouverture et l'utilisation de l'application, l'huissier a toutefois préféré en l'espèce, pour rester le plus neutre et passif, ne pas se créer de compte client personnel sur l'application et emprunter les identifiants du requérant. L'utilisation des codes de connexion du mandant ne pose aucune difficulté concernant l'application dont ce dernier est propriétaire. Elle s'apparente à l'ouverture, par le propriétaire, de son domicile afin que l'huissier puisse exercer et procéder au constat demandé par ce propriétaire chez lui. En revanche, cette utilisation questionne davantage quant à l'ouverture de l'application concurrente.

En 2014, la Cour de cassation avait censuré l'utilisation d'un compte client par l'huissier de justice au motif que cette utilisation avait permis l'acquisition par l'huissier du produit litigieux pour en obtenir la livraison et prouver ainsi que le produit illicite était bien vendu par le défendeur[7]. En d'autres termes, dans cet arrêt, l'huissier avait provoqué l'acte illicite qu'il avait ensuite constaté. La Cour de cassation avait alors considéré que l'huissier « *ne s'était pas borné à des constatations purement matérielles* »[8]. Tel n'était pas le cas en l'espèce. Il n'y avait ici aucun achat réalisé par l'huissier, ni aucune provocation. La Cour d'appel de Paris a donc validé, dans cet arrêt, l'utilisation par l'huissier du compte de son client pour procéder aux constatations dans l'application de son concurrent.

2 Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852.
3 Cass. civ. 1, 20 mars 2014, n° 12-18.518.
4 CA Paris, 5 juillet 2019, n° 17/03974.
5 CA Paris, 25 octobre 2006, n° 05/20120. Cass. civ. 1, 20 mars 2014, précit
6 Ce protocole a notamment été posé par CA Paris, 12 janvier 2016, précit.
7 Cass. civ. 1, 20 mars 2014, précit.
8 Cass. civ. 1, 20 mars 2014, précit.

Concernant toujours cette utilisation des codes de son client, la Cour d'appel rejette également l'argument selon lequel l'huissier aurait procédé à ses constatations sur la base d'une application paramétrée directement par le mandant. L'arrêt précise en effet qu'« *il n'est pas démontré […] que la simple transmission des codes de connexion personnalisés par les requérantes ait pu permettre une quelconque manipulation des bases de données* ».

Les constats d'huissiers en ligne posent de nouvelles difficultés qui mettent en cause l'idée même de constatation. L'huissier qui constate au moyen d'un dispositif informatique (un ordinateur, un téléphone portable, etc.) exerce nécessairement un rôle plus actif que lorsqu'il est confronté à des contenus matériels. Cette complexité de l'accès aux contenus numériques rend probablement nécessaire une adaptation de la législation sur le constat d'huissier que les arrêts rendus à ce sujet ne suffisent pas à réaliser.

Géraldine Vial

Facebook devant la Cour de cassation : prouver en produisant une page issue d'un réseau social

Cass. Soc., 30 septembre 2020, n°19-12058

La production en justice de messages ou d'images publiés par des particuliers sur les réseaux sociaux, tels que Facebook, Twitter, Instagram ou LinkedIn connaît, depuis 2009, un essor considérable dans différents contentieux. Initialement produits en grande majorité dans le contentieux familial pour établir la preuve d'une faute de l'un des époux dans une procédure de divorce, ces éléments postés sur les réseaux sociaux sont également utilisés dans le contentieux social. Ils visent alors à rapporter la preuve d'une faute du salarié (dénigrement de l'entreprise, détournement de clientèle, concurrence déloyale…), à démontrer l'existence d'un contrat de travail ou encore, comme en l'espèce, à caractériser la violation d'une obligation contractuelle du salarié envers son employeur.

Dans cet arrêt, la société Petit Bateau avait procédé au licenciement pour faute grave de l'une de ses salariées, au motif que cette dernière avait publié sur son compte Facebook, une photographie concernant la nouvelle collection de la société, en violation de l'obligation de confidentialité prévue dans son contrat de travail. L'image en cause avait été publiée par la salariée sur son compte privé, c'est-à-dire sur une page qui était accessible seulement aux « amis » de la salariée, expressément autorisés par celle-ci, dont son employeur ne faisait pas partie. Une des « amies » et collègue de la salariée licenciée a ensuite spontanément proposé à l'employeur de lui communiquer par courriel une capture d'écran de cette page. Cette image a alors été produite par l'employeur pour établir la violation de l'obligation de confidentialité de la salariée, c'est-à-dire la faute grave à l'origine de son licenciement. Prenant appui sur le fait que son employeur n'était pas autorisé à accéder à son compte Facebook, la salariée licenciée a contesté la recevabilité de cet élément de preuve en soutenant que ce dernier portait atteinte d'une part, à la loyauté probatoire, d'autre part, au respect de sa vie privée. La chambre sociale de la Cour de cassation a explicitement rejeté ces deux arguments.

Concernant, dans un premier temps, la loyauté de l'élément de preuve, la Cour rappelle qu'« *en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve* »[9]. Elle précise qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté que la publication sur le compte Facebook privé de la salariée avait été spontanément

9 Voir notamment déjà en ce sens à propos d'autres éléments de preuve : Cass. Soc., 5 juill. 1995, n°92-40050. - Cass. Soc. 19 nov. 2014, n°13-18749.

communiquée à l'employeur par une autre salariée, qui était bien autorisée à accéder au compte privé de l'employée licenciée. En l'absence de stratagème de la part de l'employeur, la chambre sociale considère dans cet arrêt que cet élément de preuve n'a pas été obtenu de manière déloyale et qu'il peut donc être reçu aux débats.

La Cour de cassation examine, dans un second temps, la recevabilité du post au regard du respect de la vie privée de la salariée. Il convient à cet égard de distinguer deux hypothèses.
La première hypothèse est celle où le salarié a publié un document sur le compte d'un réseau social dont il n'a pas réduit l'accès par ses paramètres de confidentialité. En pratique, son employeur peut, dès lors, prendre librement connaissance des messages depuis son ordinateur personnel, sans avoir à consulter l'ordinateur du salarié. Contrairement aux mails, aux fichiers informatiques ou aux SMS du salarié contenus dans un ordinateur ou un téléphone portable de l'entreprise, les messages publiés sur un réseau social – y compris depuis l'ordinateur mis à la disposition du salarié par l'employeur – sont en libre accès à partir de n'importe quel poste informatique. Diffusés publiquement sur Internet, ces écrits ne relèvent plus de la protection de la vie privée du salarié. Aussi, leur production à titre de preuve ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée du salarié. Les juges du fond semblent considérer que ces messages sont par conséquent recevables[10].

Dans la seconde hypothèse, le salarié a restreint l'accès à son compte personnel sur lequel les messages ou photographies ont été publiés. Ces messages tombent alors sous le coup de la protection de la vie privée et entrent en conflit avec le droit à la preuve de l'autre partie, reconnu par la Cour de cassation[11]. Tel était le cas dans cet arrêt. Les juges de la chambre sociale énoncent clairement qu'« *il résulte des articles 6 et 8 de la Conv. EDH, 9 du Code civil et 9 du Code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments de preuve portant atteinte à la vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* ». Elle applique ainsi la méthode du contrôle de proportionnalité, initiée par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et aujourd'hui bien ancrée en droit français. Cette méthode implique pour les juges de suivre un raisonnement *in concreto* en trois temps : apprécier si la production de l'élément de preuve constitue une atteinte à la vie privée de la partie adverse, puis vérifier que cette atteinte était indispensable à l'exercice du droit à la preuve (c'est-à-dire qu'un autre élément de preuve moins attentatoire à la vie privée ne pouvait pas être utilisé), puis mesurer si l'atteinte portée à la vie privée est proportionnée au but poursuivi par le droit à la preuve. L'application de cette méthode conduit ici les juges à décider que la production par l'employeur d'une photographie extraite du compte Facebook privé de la salariée, auquel il n'était pas autorisé à accéder, constituait bien une atteinte à la vie privée de cette dernière, mais que cette atteinte était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionnée au but poursuivi, à savoir la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires. L'élément de preuve pouvait donc être reçu aux débats.

Pour la première fois, la chambre sociale est ainsi venue, avec cet arrêt, se prononcer sur la recevabilité en justice du post d'un salarié sur le compte privé d'un réseau social et en a posé clairement les différentes conditions.

Géraldine Vial

10 Voir not. CA Toulouse, 5 déc. 2013, *Juris-Data* n° 029573. – CA Poitiers, 16 janv. 2013, *Juris-Data* n° 000536. - CA Pau, 6 sept. 20018, n°17/01648. - CA Poitiers, 3 oct. 2019, n°18/01241.

11 Cass. Civ.1, 5 avril. 2012, n°11-14177, Cass. soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203.

Preuve par le traçage informatique des salariés et traitement des données personnelles
Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523

Voici le second arrêt important qui, en matière de preuves numériques, a été rendu par la chambre sociale en 2020. Il s'agit en l'espèce du traçage de l'activité d'un salarié par son adresse IP. Dans cette affaire, qui concernait un litige à propos d'un licenciement, l'employeur avait produit en justice des preuves provenant du système informatique de l'entreprise. En utilisant un fichier de journalisation (qui enregistre l'activité des salariés sur un système informatique) et une adresse IP, l'employeur était parvenu à prouver que son salarié avait envoyé des messages caractérisant une faute professionnelle. Le problème de preuve tenait au fait que l'exploitation du fichier de journalisation n'avait pas été déclarée à la CNIL. La question se posait donc de savoir, d'une part si l'usage de ce fichier en tant que mode de preuve était licite ou non et, d'autre part si la preuve ainsi produite était recevable en justice.
Pour répondre à ces deux questions, la Cour de cassation raisonne en plusieurs étapes. En premier lieu, elle affirme que l'exploitation d'un fichier de journalisation qui permet d'identifier indirectement une personne au moyen de son adresse IP constitue un traitement de données à caractère personnel. Ce traitement est soumis aux formalités de déclaration à la CNIL. En l'espèce, le fichier n'ayant pas été déclaré, il avait un caractère illicite. La preuve produite en justice était donc illicite et elle aurait dû, en conséquence, être écartée des débats. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a longtemps jugé que « l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats »[12]. Toutefois, comme cela est expliqué dans le commentaire précédent (Cass. Soc., 30 septembre 2020 com. G. Vial), ce principe jurisprudentiel a subi un tempérament lorsque la Cour de cassation a été conduite à reconnaître le principe du droit à la preuve, jugeant que ce droit pouvait justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée[13]. En mettant face à face deux principes qui se contredisent, la chambre sociale a admis que la production d'une preuve en justice puisse porter atteinte à un droit fondamental. La solution adoptée dans l'arrêt commenté est plus claire et plus radicale. La haute juridiction affirme que « l'illicéité d'un moyen de preuve (…) n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats ». Le changement de perspective avec la position exprimée par la Cour en 1998 est net. Une preuve peut être tout à la fois illicite et recevable. C'est le droit à la preuve qui justifie que l'élément de preuve demeure dans le dossier. En effet, la Cour précise que la production de l'élément de preuve doit être « indispensable à l'exercice de ce droit ». Toutefois, ce droit n'est pas absolu. Il doit être concilié avec le droit au procès équitable et mis en balance avec le droit au respect de la vie personnelle du salarié. En d'autres termes, la production de l'élément de preuve doit être « strictement proportionnée au but poursuivi ». En l'espèce, la Cour de cassation n'indique pas si cette atteinte à la vie personnelle du salarié est proportionnée à la nécessité de produire la preuve. L'arrêt d'appel étant cassé, cette appréciation est dévolue à la Cour d'appel de renvoi.
Ce faisant, l'arrêt participe à l'accueil des preuves issues de données numériques, qui bien souvent portent atteinte à des droits préexistants (vie privée, secret professionnel, secret des affaires, etc.). En assurant la promotion du droit à la preuve, la Cour de cassation modifie l'équilibre de la théorie de la preuve et diminue le poids du principe de licéité de la preuve. En effet, dans certaines circonstances, le juge judiciaire accueille au débat les preuves recueillies en contrariété avec un texte légal ou réglementaire, ou encore celles qui portent atteinte à un droit fondamental.

Etienne Vergès

Coopération entre les juridictions des États membres de l'Union européenne pour l'obtention des preuves en matière civile et commerciale

12 Cass. Soc. 4 févr. 1998, n° 95-43421
13 Cass. Soc. 25 février 2016, 15-12.403

Règlement (UE) 2020/1783 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (obtention des preuves) (refonte)

Si ce texte n'est pas spécifique aux preuves scientifiques et technologiques, il s'appuie très fortement sur le développement de ces dernières (l'informatique notamment) pour renforcer la coopération entre les juridictions des Etats membres de l'Union européenne pour obtenir des preuves en matière civile et commerciale. Ces États, à l'exception du Danemark, sont liés par le Règlement (CE) n° 1206/2001 du 28 mai 2001 qui organise une coopération entre eux plus étroite que celle permise par la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale[14]. Alors que cette dernière convention prévoit le recours aux commissions rogatoires internationales et aux agents diplomatiques et consulaires des États parties, le Règlement 1206/2001 organise une transmission directe des demandes d'actes d'instruction de juridiction à juridiction, sans passer par l'intermédiaire d'une autorité centrale nationale. La juridiction requise dispose alors de 90 jours pour exécuter la mesure d'instruction, en principe conformément à son droit national, mais aussi, si la juridiction requérante en fait la demande, en suivant une forme spéciale exigée par le droit de l'État dont relève cette dernière. Le Règlement 1206/2001 permet aussi à la juridiction requérante de réaliser elle-même une mesure d'instruction sur le territoire de l'État dont relève la juridiction requise, et cela en suivant les règles de droit établies par l'État de la juridiction requérante. Une telle mesure, qui s'affranchit de la territorialité des mesures d'instruction, suppose l'information de l'État sur le territoire duquel la mesure serait réalisée – qui peut s'y opposer pour certaines raisons prévues par le Règlement – ainsi que le consentement de la personne visée par l'acte.

Le Règlement 1206/2001 vient de faire l'objet d'un refonte par le Règlement (UE) 2020/1783 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale[15]. Le Règlement 2020/1783 deviendra applicable, pour la plupart de ses dispositions, le 1er juillet 2022, date à laquelle le Règlement 1206/2001 sera (là encore sauf exceptions temporaires) abrogé.

Le Règlement 2020/1783 préserve les lignes de force du Règlement 1206/2001 : il maintient la transmission directe des demandes d'obtention de preuves entre juridictions (art. 3) et la possibilité d'une exécution directe de la mesure d'instruction par la juridiction requérante (art. 19). L'objectif affiché par le nouveau règlement est de « continuer à améliorer et à accélérer la coopération entre les juridictions des différents États membres en ce qui concerne l'obtention des preuves » (consid. 3). Pour cela, le Règlement prend appui, de manière centrale, sur les technologies numériques. Les lignes qui suivent en donnent deux illustrations significatives.

En premier lieu, le Règlement prévoit que les États membres mettent en place un système informatique décentralisé sécurisé et fiable fondé sur une solution interopérable (art. 7). Ce système informatique doit permettre la transmission directe entre les États membres, sans intervention des institutions de l'UE, des demandes et des communications aux fins de l'obtention de preuves. Le règlement charge la Commission d'œuvrer au développement du logiciel permettant le fonctionnement de ce système d'échange, de sorte que les transmissions ne se heurtent pas à la diversité des logiciels développés par chacun des États (consid. 9 et art. 27). Pour cela, la Commission pourra prendre appui sur l'e-CODEX (*e-Justice Communication via Online Data*

14 Sur ces deux textes, voir E. Vergès, E. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, Paris, Puf, 2015, p. 312 et s.

15 JOUE (L), 2 déc. 2020. L'adoption du Règlement était précédée d'une proposition de la Commission : COM(2018) 378 final.

Exchange)[16], un projet collaboratif visant à créer une infrastructure numérique au service de la dématérialisation de la justice. Le logiciel d'échange devra être conforme à la réglementation européenne relative aux données à caractère personnel et à la sécurité informatique. Ce système est appelé à devenir le vecteur par défaut de la transmission des demandes de preuve, même si d'autres moyens restent exceptionnellement utilisables lorsque les caractéristiques physiques (échantillon de sang) ou numériques (fichiers volumineux) des éléments de preuve le commandent. Pour assurer l'efficacité du système, le règlement impose enfin que la dématérialisation des documents ainsi transmis ne compromette pas leur plein effet juridique : « Les documents transmis au moyen du système informatique décentralisé ne doivent pas être privés d'effet juridique ni considérés comme irrecevables comme moyens de preuve dans le cadre d'une procédure au seul motif que ces documents se présentent sous une forme électronique » (art. 8). L'ensemble deviendra applicable trois ans après que la Commission européenne aura procédé aux actes techniques qui lui incombent pour la mise en œuvre du système décentralisé d'échanges (art. 25). Ce système devrait ainsi permettre, à terme, le basculement des formulaires papier par lesquels les demandes d'actes sont transmises (et qui sont très précisément décrits par les Règlements 1206/2001 et 2020/1387) vers un système informatisé. Cette évolution n'est pas propre à l'obtention des preuves à l'étranger et constitue un trait remarquable des instruments de coopération entre les États membres[17].

En second lieu, le Règlement 2020/1783 favorise autant que possible l'exécution des mesures d'instruction par le moyen de la visioconférence. Le recours à cette technique était déjà encouragé par le règlement 1206/2001, qui permettait à la juridiction requérante de demander à la juridiction requise « de recourir aux technologies de communication modernes pour procéder à l'acte d'instruction, en particulier à la vidéoconférence et à la téléconférence. » (art. 10. 4). Dans le droit fil du développement remarquable de ces techniques au cours des dernières années, le nouveau règlement en fait une solution par défaut : « Lorsque des preuves doivent être obtenues par l'audition d'une personne qui est présente sur le territoire d'un autre État membre et que la juridiction demande de procéder à l'exécution directe de la mesure d'instruction conformément à l'article 19, ladite juridiction obtient les preuves en utilisant la vidéoconférence ou d'autres technologies de communication à distance, à condition que la juridiction dispose de ces technologies et qu'elle considère que l'usage de ces technologies est approprié dans les circonstances spécifiques de l'affaire » (art. 20. 1). Ces « technologies de communication modernes », qui « ne sont actuellement pas exploitées autant qu'elles le pourraient » (consid. 21) pourraient ainsi être utilisées pour l'audition de témoins, de parties, d'experts, ou encore d'enfants ainsi que l'envisage le Règlement 2019/1111 (consid. 53).

Olivier Leclerc

Exploitation des images issues d'une vidéosurveillance dans l'enquête pénale : une constellation normative pour une technique probatoire unique
Cass crim. 8 déc. 2020, n° 20-83.885

Le recours à la vidéo est un mode de preuve devenu des plus communs. Que l'image soit analogique ou numérique, voici bien des années que les vidéos sont utilisées à des fins probatoires. Toutefois, le contexte de la prise d'image varie considérablement. Les images peuvent provenir du téléphone portable d'un témoin, d'une caméra installée dans la rue ou dans une gare. Les enquêteurs

16 COM(2020) 712 final.

17 Voir, par exemple, dans le domaine du droit de la sécurité sociale applicable aux travailleurs qui exercent une mobilité européenne, l'Échange électronique d'informations sur la sécurité sociale (EESSI) prévu pour la mise en œuvre du Règlement 883/2004.

s'introduisent parfois dans les domiciles de suspect pour y poser des caméras miniatures. Ils utilisent encore des endoscopes médicaux pour filmer le contenu de box de garages en introduisant le dispositif par l'ouverture située au-dessus de la porte. Les questions soulevées par ces différentes techniques sont nombreuses. Ces dispositifs de captation d'images doivent-ils être autorisés et par qui ? Les enquêteurs peuvent-ils exploiter dans des enquêtes judiciaires des images prises initialement pour des raisons de surveillance administrative, c'est-à-dire de sécurité intérieure ? Ces questions ont donné lieu à l'adoption de plusieurs lois, qui n'ont pas suffi à couvrir toutes les hypothèses de captation et d'exploitations des images issues de vidéos, de sorte que la Cour de cassation a été saisie à plusieurs reprises de situations nouvelles, non prévues par la loi.

Dans le champ législatif, il existe deux cadres principaux pour la mise en place de dispositifs vidéo. Le premier est prévu dans le Code de la sécurité intérieure. Il s'agit essentiellement de la vidéoprotection, c'est-à-dire de l'enregistrement d'images sur la voie publique et des caméras individuelles installées sur les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale. Ces interceptions poursuivent des finalités préventives de nature administrative. Elles concernent la voie publique et ne peuvent être étendues aux lieux privés. Le second dispositif, appelé captation et fixation d'image, est aménagé par le Code de procédure pénale. Il permet au juge d'instruction, ou au juge des libertés et de la détention durant l'enquête, d'autoriser la mise en place d'un dispositif technique ayant pour objet la captation, la fixation et la transmission de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ainsi, selon cette répartition simple, la vidéosurveillance des lieux publics est dévolue aux missions de sécurité intérieure et celle des lieux privés aux missions de police judiciaire.

Toutefois, ce dispositif apparemment complet présente deux lacunes principales. D'une part, la captation d'images dans les lieux privés n'est possible que pour les enquêtes et instructions portant sur des faits de criminalité organisée. Le Code ne la prévoit pas pour les infractions de droit commun. D'autre part, aucune loi ne prévoit expressément que des enquêteurs puissent mettre en place, dans le cadre de missions de police judiciaire, un dispositif vidéo sur la voie publique. C'est ce vide juridique que la Cour de cassation s'est évertuée à combler récemment par plusieurs arrêts. Pour remonter le fil de cette évolution, il faut revenir quelques années en arrière.

La première question qui s'est posée a été de savoir si des officiers de police judiciaire pouvaient exploiter dans leurs enquêtes des images issues de systèmes de vidéoprotection qui sont installés à des fins préventives et non répressives. Ici, c'est la distinction classique entre les missions de police administrative et de police judiciaire qui soulève une difficulté. La question se pose donc de savoir si les images issues de la vidéoprotection peuvent être détournées de leur finalité première et si des agents de police judiciaire qui ne sont pas spécialement habilités par la loi à recevoir ces enregistrements peuvent tout de même en demander la communication. Derrière ces questions apparemment techniques se dissimule une autre plus générale et théorique : peut-on se priver d'un matériau probatoire existant et stocké par l'administration qui permettrait d'éclairer les zones d'ombres d'une enquête pénale ? Dans un arrêt du 9 janvier 2018, la Cour de cassation a répondu de façon simple à ces questions. Elle a d'abord considéré que si le Code de la sécurité intérieure restreint l'accès aux images issues des vidéos à certains agents spécialement désignés, les missions générales des officiers de police judiciaire chargés dans une enquête de flagrance de veiller à la conservation des indices susceptibles de disparaître permettent à ces enquêteurs de visionner les vidéos et d'en dresser procès-verbal. Elle ajoute que les OPJ détiennent, en vertu du Code de procédure pénale, un pouvoir général d'adresser des réquisitions à toute administration pour se voir communiquer des informations. C'est dans ce cadre légal qu'agissent les OPJ lorsqu'ils sollicitent la communication des images issues de la vidéoprotection.

La seconde question qui s'est posée était celle de savoir si des enquêteurs pouvaient installer, de leur propre initiative, un système de vidéosurveillance sur la voie publique en dehors de toute prévision légale. La Cour de cassation a répondu à cette question en deux temps, d'abord pour la phase d'instruction et plus récemment pour la phase d'enquête.

Dans un arrêt du 11 décembre 2018, la chambre criminelle a affirmé que le juge d'instruction a le pouvoir de faire procéder à une vidéosurveillance sur la voie publique aux fins de rechercher des preuves des infractions dont il est saisi. Elle a assorti ce pouvoir d'une condition : la mesure doit être mise en place sous le contrôle effectif de ce magistrat selon les modalités qu'il a autorisées. En particulier, dans cet arrêt, la haute juridiction a considéré que l'installation de la vidéo devait résulter d'une commission rogatoire spéciale, permettant de démontrer que le juge d'instruction avait autorisé spécifiquement cette mesure. Cet arrêt important consacrait ainsi un nouveau mode de preuve en matière pénale, tout en le soumettant à certaines garanties essentielles : l'autorisation d'un juge et l'exercice d'un contrôle effectif de ce magistrat sur la mesure. Ce faisant, il limitait la vidéosurveillance à la phase d'instruction.
Un arrêt du 8 décembre 2020 vient remettre en cause cet équilibre, en étendant la vidéosurveillance à l'enquête. La chambre criminelle y affirme que le procureur de la République tient des articles 39-3 et 41 du Code de procédure pénale le pouvoir de faire procéder, sous son contrôle effectif et selon les modalités qu'il autorise s'agissant de sa durée et de son périmètre, à une vidéosurveillance sur la voie publique, aux fins de rechercher la preuve des infractions à la loi pénale. Le motif est précis et encadre une nouvelle fois la mesure. La mise en place de la surveillance vidéo nécessite l'autorisation d'un magistrat (le procureur de la République) qui limite la mesure dans le temps et l'espace. Les OPJ ne peuvent donc agir de leur propre initiative. Cette extension de l'usage de la vidéo à l'enquête pose néanmoins plusieurs difficultés. D'une part, le procureur de la République n'est pas un magistrat du siège et le fait qu'il puisse autoriser des atteintes à la vie privée ne va pas de soi. D'autre part, aucune procédure spécifique n'est prévue pour permettre au procureur d'autoriser la mesure, de la limiter dans le temps et dans l'espace, et d'en contrôle l'exécution. Autrement dit, la mise en œuvre des conditions posées par la Cour de cassation est laissée à la pratique administrative de l'enquête en dehors de tout cadre textuel.
En définitive, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation montre comment la preuve par l'usage de dispositifs vidéo a été généralisée à tous les stades de la procédure pénale. Marginal dans le Code de procédure pénale, où il est réservé à la criminalité organisée, ce mode de preuve peut être issu d'une procédure administrative, mais il peut également être mis en place en enquête judiciaire ou durant l'instruction. Son régime prend l'apparence d'une constellation de règles éparpillées. Tour à tour mode de preuve nommé et innomé, une vidéo peut être obtenue, selon les cas, par réquisition, par captation et fixation d'image, ou par simple autorisation d'un magistrat.

Etienne Vergès

La consultation des données du téléphone portable d'un suspect durant l'enquête pénale
Cass. crim., 12 janv. 2021, n° 20-84.045

Voici une intéressante décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui précise la qualification applicable à la consultation, par des enquêteurs, du téléphone portable d'un suspect durant une enquête et le régime qui en découle. Aucun texte ne prévoit explicitement que les enquêteurs peuvent consulter le téléphone portable d'un suspect durant une phase ordinaire d'enquête (perquisition, audition, garde à vue). Le contenu de ce téléphone étant privé, sa consultation par un enquêteur devrait nécessairement être prévue par la loi[18]. Pour pallier cette lacune, la Cour de cassation vient d'utiliser une technique bien connue : ce mode de preuve innomé est rattaché à une preuve nommée, la perquisition.
L'affaire concernait une personne qui avait été placée en garde à vue pour avoir importé de la cocaïne. Durant la mesure, l'officier de police judiciaire a demandé au suspect le code d'accès à son téléphone hors la présence de son avocat. Le suspect ayant spontanément communiqué ce code,

18 Cette solution classique est imposée par la Cour européenne des droits de l'homme à propos des écoutes téléphoniques, de la sonorisation, de la géolocalisation.

l'OPJ a consulté le contenu du téléphone portable et en a dressé procès-verbal. L'avocat a demandé l'annulation de cette pièce en alléguant que la procédure consistant à demander au suspect la communication de ce code devait être qualifiée d'audition réalisée au cours de la garde à vue. Cette procédure ayant été effectuée sans la présence de l'avocat, elle était irrégulière.
La Cour de cassation ne suit pas l'argumentation du pourvoi. Elle juge que l'exploitation d'un téléphone portable est assimilable à une perquisition et qu'elle n'a donc pas le caractère d'une audition. Les conséquences de cette décision sont importantes. D'une part, la présence de l'avocat n'est pas nécessaire pour recourir à une telle procédure. D'autre part, si le détenteur du téléphone accepte de communiquer son code d'accès, on peut considérer que cette communication vaut consentement à la perquisition. La consultation du téléphone est alors valable, même dans le cadre d'une enquête préliminaire.
La solution adoptée par la Cour de cassation est ainsi très confortable pour les enquêteurs. Elle permet de considérer que la consultation d'un téléphone portable est prévue par un texte, celui qui réglemente les perquisitions. Cette technique juridique permet d'intégrer facilement de nouveaux modes de preuves, portant sur des données immatérielles, à des procédures traditionnelles qui ont été initialement conçues pour accéder à des données matérielles.

Etienne Vergès

Etude
L'appréciation de la présomption légale de causalité dans le contentieux de l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français

Fruit d'une longue mobilisation des victimes des essais nucléaires français[19], la loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français offre à « toute personne souffrant d'une maladie radio-induite résultant d'une exposition à des rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires français » la possibilité d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice. Le bénéfice de cette indemnisation est conditionné, outre le fait de souffrir d'une maladie radio-induite dont la liste est arrêtée par décret[20], par la présence du requérant dans l'une des zones du Sahara et de Polynésie où l'armée, le Commissariat à l'énergie atomique (CEA) et des entreprises sous-traitantes ont procédé à des essais nucléaires souterrains ou atmosphériques entre 1960 et 1998, selon les cas[21]. Les demandes d'indemnisation doivent être adressées au Comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (CIVEN), qui examine si les conditions de l'indemnisation sont réunies, procède ou fait procéder si nécessaire à toute investigation scientifique ou médicale utile et présente au ministre de la défense une recommandation sur les suites qu'il convient de leur donner. Toute décision négative du CIVEN est alors susceptible d'un recours devant la juridiction administrative.

La mise en œuvre de cette loi n'a cessé de susciter des interrogations, comme l'illustre l'engagement récent du Président de la République et du Gouvernement à favoriser une meilleure indemnisation des victimes (*Le Monde*, 3 juill. 2021). Dans le cadre de cette chronique, on se tiendra à l'une de ces interrogations, portant sur le mécanisme de présomption que prévoit la loi

19 Y. Barthe, *Les retombées du passé. Le paradoxe de la victime*, Paris, Seuil, 2017.
20 Décret n° 2014-1049 du 15 sept. 2014.
21 Les secteurs géographiques concernés sont précisés par le décret n° 2010-653 du 11 juin 2010 (art. 2).

pour établir la causalité entre l'exposition aux rayonnements ionisants et la pathologie développée par le requérant. Les difficultés probatoires sont en effet ici importantes du fait de l'ancienneté de l'exposition aux rayonnements ionisants, du secret qui entoure ces activités et des incertitudes qui demeurent concernant l'étendue et l'intensité des contaminations.

Un arrêt rendu par le Conseil d'État le 6 novembre 2020 est venu à nouveau déplacer le curseur d'appréciation de cette présomption, faisant espérer à certains que le régime juridique particulièrement fluctuant applicable depuis l'adoption de la loi de 2010[22] ait enfin trouvé un point d'équilibre[23]. Il faut dire que la loi elle-même a été marquée par d'incessants revirements. Dans sa version initiale, en 2010, la loi prévoyait que, lorsque le CIVEN estime que les conditions d'indemnisation prévues par la loi sont réunies (maladie radio-induite et condition de lieu et de temps), « l'intéressé bénéficie d'une présomption de causalité *à moins qu'au regard de la nature de la maladie et des conditions de son exposition le risque attribuable aux essais nucléaires puisse être considéré comme négligeable* ». Cette dernière précision avait amené certains à douter que l'on puisse même parler d'une présomption d'imputation[24]. A quelles conditions, en effet, le risque devait-il être considéré comme « négligeable » ? Le CIVEN restait maître de sa méthode d'appréciation, sous réserve de s'appuyer « sur les méthodologies recommandées par l'Agence internationale de l'énergie atomique » (AIEA) et de porter ces méthodes à la connaissance des demandeurs[25]. Pour apprécier les recours portés contre les décisions du CIVEN d'accueillir ou non les demandes d'indemnisation, le Conseil d'État a retenu un approche multi-critères : « l'appréciation du risque peut notamment prendre en compte le délai de latence de la maladie, le sexe du demandeur, son âge à la date du diagnostic, sa localisation géographique au moment des tirs, les fonctions qu'il exerçait effectivement, ses conditions d'affectation, ainsi que, le cas échéant, les missions de son unité au moment des tirs » (CE, 7 déc. 2015, n° 378325). A cela s'ajoute, précise le Conseil d'État, que « le calcul de la dose reçue de rayonnements ionisants constitue l'un des éléments sur lequel l'autorité chargée d'examiner la demande peut se fonder afin d'évaluer le risque attribuable aux essais nucléaires ». Pour calculer la dose reçue, le CIVEN peut utiliser, s'ils existent, « les résultats des mesures de surveillance de la contamination tant interne qu'externe des personnes exposées », mais cela seulement à la condition d'avoir préalablement vérifié « que les mesures de surveillance de la contamination interne et externe ont, chacune, été suffisantes *au regard des conditions concrètes d'exposition de l'intéressé* ». En l'absence de « mesures de surveillance de la contamination interne ou externe et en l'absence de données relatives au cas des personnes se trouvant dans une situation comparable à celle du demandeur du point de vue du lieu et de la date de séjour », le CIVEN doit vérifier si de telles mesures auraient été nécessaires (au regard par exemple de l'activité du requérant, de l'existence d'un tir, etc.). Si la réponse est positive, la présomption de causalité ne peut être renversée. Malgré les clarifications apportées par la décision du 7 décembre 2015, et compte-tenu d'un nombre important de rejets de demandes d'indemnisation, la possibilité de renverser la présomption de causalité a été supprimée par la loi n° 2017-256 du 28 février 2017. Tout au plus le Conseil d'État estimait-il possible d'écarter la présomption dès lors que la pathologie du requérant résultait « exclusivement d'une cause étrangère à l'exposition aux rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires, en particulier parce qu'il n'a subi aucune exposition à de tels rayonnements » (CE, avis, 28 juin 2017, n° 409777)[26]. Mais en 2018, nouveau changement : la loi rétablit la possibilité de renverser la présomption, et cela dans le

22 M. Lahana, *L'indemnisation des victimes des essais nucléaires français*, Thèse Université Paris II Panthéon Assas, 2020.

23 T. Leleu, « Victimes des essais nucléaires : dernier épisode autour de la présomption de causalité ? », *AJDA*, 2021, 578.

24 D. Jean-Pierre, « Le cancer et la 'présomption de causalité' au service : le cas des victimes des essais nucléaires », *JCP A* 2010, 2051.

25 Article 7 du décret n° 2010-653 du 11 juin 2010 ; CIVEN, délib. 2020-1 du 22 juin 2020, *in* M. Lahana, *L'indemnisation des victimes des essais nucléaires français*, préc., p. 441.

cas seulement où il est « établi que la dose annuelle de rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires français reçue par l'intéressé a été inférieure à la limite de dose efficace pour l'exposition de la population à des rayonnements ionisants fixée dans les conditions prévues au 3° de l'article L. 1333-2 du code de la santé publique »[27] – soit, par renvoi à l'article R. 1333-11 du même code, 1 millisievert (mSv) par an.

Face à une telle instabilité de la législation, on comprend que son application dans le temps soit d'une particulière importance. L'arrêt du Conseil d'État du 6 novembre 2020 apporte des précisions à ce sujet. En l'absence de dispositions transitoires relatives à l'application éventuelle aux demandes d'indemnisation en cours, le Conseil d'État avait jugé que la loi de 2018 n'était applicable qu'aux demandes introduites après son entrée en vigueur (CE 27 janv. 2020, n° 429574). Cette solution avait, peu après, été désavouée par le législateur, la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire (art. 57) imposant une application de la loi de 2018 aux demandes déposées devant le CIVEN avant son entrée en vigueur. Dans son arrêt du 6 novembre 2020, le Conseil d'État démêle cet écheveau en censurant la décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux au regard des dispositions alors en vigueur et en tranchant sur le fond le litige à la lumière des règles dorénavant applicables.

Sans commenter plus avant la question de l'application de la loi dans le temps, on considérera attentivement la façon dont le Conseil d'État apprécie la présomption de causalité établie par la loi de 2010. Dans son arrêt du 6 novembre 2020, en dépit des changements législatifs successifs survenus en 2017 et 2018, le Conseil d'État reprend pour une bonne part la solution qu'il avait adoptée le 7 décembre 2015 (préc.). Il énonce que le calcul du seuil d'exposition de 1 mSv peut prendre appui sur « les résultats des mesures de surveillance de la contamination tant interne qu'externe des personnes exposées, qu'il s'agisse de mesures individuelles ou collectives en ce qui concerne la contamination externe ». Pour cela, il conviendra de vérifier que « les mesures de surveillance de la contamination interne et externe ont, chacune, été suffisantes au regard des conditions concrètes d'exposition de l'intéressé ». Enfin, en l'absence de mesures de surveillance de la contamination interne ou externe et en l'absence de données relatives au cas des personnes se trouvant dans une situation comparable à celle du demandeur du point de vue du lieu et de la date de séjour, l'administration devra vérifier si de telles mesures de surveillance auraient été nécessaires au regard des circonstances. Dans l'affirmative, « l'administration ne peut être regardée comme rapportant la preuve de ce que la dose annuelle de rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires français reçue par l'intéressé a été inférieure à la limite de 1 mSv ». Le Conseil d'État fait preuve ici de réalisme. En sanctionnant le défaut de mesures de surveillance (lorsque celles-ci auraient été nécessaires) par l'impossibilité de faire échec à la présomption de causalité, la juridiction tient compte des conditions réelles de déroulement des essais nucléaires, de nombreux témoignages attestant l'absence de port systématique d'un dosimètre individuel[28].

L'attention ainsi portée aux conditions concrètes dans lesquelles les requérants ont été exposés à des rayonnements ionisants oriente nécessairement le débat probatoire vers les conditions dans lesquelles les requérants ont exercé leur activité et vers la façon dont les essais nucléaires ont été réalisés. Chaque procès devient alors « l'occasion d'une révélation à propos des événements qui se sont déroulés lors de ces tirs, et l'accumulation des cas permet de réécrire l'histoire des essais

26 Ex. la Cour administrative de Marseille critique le CIVEN d'avoir écarté la présomption de causalité alors qu'« il ne [pouvait] être totalement exclu [que la victime] ait fait l'objet d'une contamination externe cutanée ou d'une contamination interne par quelque voie que ce soit » (CAA Marseille, 8e ch., 14 janv. 2020, n° 16MA04631). Voir aussi CAA Nantes, 5e ch., 30 mars 2020, n° 19NT03307, n° 18NT04384.

27 Loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, art. 232.

28 Y. Barthe, *Les retombées du passé, op. cit.*, p. 110.

nucléaires, d'en proposer là encre une 'histoire d'en bas' (...) »[29]. La lecture d'un certain nombre de décisions rendues au fond postérieurement à la décision du Conseil d'Etat du 6 novembre 2020 montre les raisonnements menés par les juges pour apprécier cette preuve.

La discussion au fond porte d'abord sur l'*existence de mesure de surveillance* de la contamination interne (aliments ingérés) et externe (contact avec des matériaux irradiés ou des radionucléides dans l'air). Ces mesures prennent principalement la forme du port d'un dosimètre individuel ou d'un contrôle de la contamination globale d'un lieu, appelé dosimétrie d'ambiance. Lorsque qu'il existe des relevés dosimétriques individuels, ceux-ci sont pris en compte. C'est le cas, par exemple, s'agissant d'un membre du personnel directement affecté à des travaux sous rayonnement, qui avait « bénéficié durant l'ensemble de ses séjours de nombreuses mesures de surveillance tendant à la recherche d'une éventuelle exposition externe et interne (quarante-et-une mesures par dosimètre externe et dix-sept examens anthropogammamétriques, durant son séjour à In Amguel [Centre d'Essai Militaire des Oasis], puis vingt-quatre mesures par dosimètre externe et huit examens anthropogammamétriques, lors de son séjour en Polynésie) et dont les mesures avaient toutes été inférieures à la limite annuelle de 1 mSv ». Le Conseil d'État estime que « dans ces conditions, la ministre des armées doit être regardée comme apportant la preuve de ce que la dose annuelle de rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires français reçue par l'intéressé a été inférieure à la limite de 1 mSv et qu'ainsi la présomption de causalité instaurée par la loi du 5 janvier 2010 dont il bénéficie doit être renversée »[30].

L'appréciation des preuves dépend également des *fonctions* exercées par les requérants. Même si le requérant « n'était pas affecté à des travaux radiologiquement exposés » (responsable de bar par exemple), sa présence sur des sites ayant connu des retombées radioactives constitue une circonstance concrète d'exposition suffisante pour ne pas écarter la présomption légale[31]. A l'inverse, un chauffeur qui n'était pas amené, du fait de ses fonctions, à accéder à une « zone contrôlée » (dont le requérant soutient qu'elle était contaminée) voit la présomption de causalité écartée[32], tout comme un magasinier-ravitailleur qui n'avait connu aucun essai pendant sa présence sur le site algérien de Reggane et que ses fonctions ne mettaient pas en contact avec des matériaux radioactifs[33]. Emblématique de cette orientation est le cas des habitants de Polynésie : concernant une personne ayant toujours vécu en Polynésie et née après le dernier essai atmosphérique, la Cour administrative d'appel de Paris constate que l'exposition calculée par le CEA est inférieure au seuil des 1 mSv et relève que la requérante « ne fait état d'aucune circonstance particulière qui l'aurait davantage exposée à des rayonnements ionisants »[34].

Le débat probatoire s'oriente parfois sur la *situation géographique* des requérants lors des essais et sur les *conditions météorologiques* du moment. Ainsi, pour écarter la demande d'indemnisation formulée par la veuve d'un marin, la Cour administrative de Douai[35] relève que son bâtiment « était éloigné lors des essais de la zone de tir, à l'extérieur d'un périmètre de sécurité (...) » et que « le bâtiment était placé hors des vents dominants et demeurait éloigné jusqu'à ce que soit constatée une décroissance significative de la radioactivité ». A cela s'ajoute que les personnels engagés dans la réalisation des essais nucléaires consommaient une nourriture et une eau importées[36] et que la

29 *Ibid.*, p. 124.
30 CE, 7e ch., 3 févr. 2021, n° 439640.
31 CAA Nancy, 4e ch., 1er déc. 2020, n° 20NC00066.
32 CAA Nantes, 5e ch., 6 juill. 2021, n° 20NT00898.
33 CAA Nancy, 4e ch., 1er déc. 2020, n° 19NC02267
34 CAA Paris, 4e ch., 30 juin 2021, n° 19PA03027. Voir aussi d'autres décisions du même jour : n° 19PA03028, n° 19PA03029, n° 19PA03031, n° 19PA03032, n° 19PA02898 ; CE, 7e ch., 3 févr. 2021, n° 439508.
35 CAA Douai, 3e ch., 4 févr. 2021, 20DA00570.
36 Il en va de même s'agissant des essais réalisés en Algérie : CAA Nancy, 4e ch., 1er déc. 2020, n° 19NC02267.

baignade dans le lagon était réglementée. De même, s'agissant d'un chauffeur qui était présent sur des îles où aucune retombée radioactive n'est établie : à supposer même qu'une contamination ait eu lieu, comme le soutenait sa veuve, l'intéressé se trouvait à Tahiti lors du tir d'essai, soit à 1 200 km de Mururoa[37].

Sur le terrain probatoire, l'enjeu premier est donc de pouvoir mettre en relation les temps de présence des requérants en Polynésie ou dans les bases militaires du Sahara avec les essais qui y ont été pratiqués et les contaminations que ces derniers ont pu engendrer. La difficulté est ici que les essais eux-mêmes sont entourés d'une certaine confidentialité. Dès lors, comment connaître les doses de rayonnements ionisants reçues ? Pour apprécier les preuves présentées, le CIVEN prend appui sur un document produit en 2006 par le CEA qui reconstitue, à partir des données issues de la surveillance radiologique systématique de l'environnement réalisée à partir de 1962, les doses d'exposition externe et interne présentes sur les différents sites. La méthodologie de ce travail rétrospectif a été « validée par l'agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) », au terme d'une mission organisée en Polynésie par des experts internationaux entre septembre 2009 et juillet 2010[38]. L'objectivité de ces mesures, réalisées par un acteur – le CEA – impliqué dans la mise en œuvre des essais nucléaires, ne pouvait manquer de susciter des doutes et des critiques. Ainsi, une requérante souligne que les données du rapport de l'AIEA « ne sont pas irréfutables dès lors qu'elle mentionne, en avant-propos de son rapport intitulé 'la dimension radiologique des essais nucléaires français', qu'elle 'ne donne aucune garantie et n'assume aucune responsabilité en ce qui concerne la précision, la qualité ou l'authenticité de la traduction/de la publication/de l'impression du présent document et n'accepte aucune responsabilité pour toute perte ou tout dommage, direct ou indirect, consécutif ou autre, de quelque façon qu'il soit causé' ». Cet argument est écarté par la Cour administrative d'appel de Paris, qui relève que « cette seule précaution d'usage, que l'on retrouve dans de nombreux ouvrages, n'est pas de nature à remettre en cause la méthode retenue par le CIVEN, ni l'appréciation qu'en ont faite les premiers juges »[39]. La Cour administrative de Nancy accepte elle aussi de tenir compte des indications données dans l'ouvrage *La dimension radiologique des essais nucléaires français en Polynésie – A l'épreuve des faits* (H. Bouffard, Ministère de la Défense)[40]. De même, concernant les essais nucléaires menés dans le Sahara, cette cour prend appui sur un rapport publié en 2005 par l'AIEA et sur un rapport du 8 janvier 2014 relatif à la reconstitution de la dosimétrie externe d'ambiance au Centre saharien d'expérimentation militaire de Reggane, réalisé à l'intention du CIVEN par le département de suivi des centres d'expérimentations nucléaires du ministère de la défense[41]. On relèvera cependant que cette même Cour administrative d'appel retient aussi, à l'appui de la présomption de causalité, d'autres sources documentaires issues de travaux de contre-expertise, en se référant au « rapport établi en décembre 2015 par la commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité [CRIIRAD] »[42]. Il n'est pas exclu que l'ouvrage *Toxique*[43], récemment paru, apporte à son tour des ressources aux requérants en dehors des rapports réalisés par le CEA ou par le Ministère de la défense.

La preuve d'une exposition à des rayonnements ionisants inférieure à une valeur annuelle d'1 mSv requise pour écarter la présomption de causalité passe ainsi par un assemblage complexe. Celui-ci comporte, bien évidemment, des dimensions scientifiques, en particulier des méthodologies (rapport du CEA, « validation » de l'AIEA, méthode d'évaluation du CIVEN) et des métrologies (dosimétrie

37 CAA Nantes, 5e ch., 6 juill. 2021, n° 20NT00898.
38 CAA Nancy, 4e ch., 1er déc. 2020, n° 20NC00282.
39 CAA Paris, 4e ch., 30 juin 2021, n° 19PA03031.
40 CAA Nancy, 4e ch., 1er déc. 2020, n° 20NC00282, n° 20NC00065.
41 CAA Nancy, 4e ch., 1er déc. 2020, n° 19NC02267.
42 CAA Nancy, 4e ch., 1er déc. 2020, n° 20NC00282, n° 20NC00065, préc.
43 S. Philippe et T. Statius, *Toxique. Enquête sur les essais nucléaires français en Polynésie*, Paris, Puf, 2021.

individuelle, dosimétrie d'ambiance). Mais interviennent aussi dans l'appréciation de la preuve des considérations ordinaires portant sur des choses aussi diverses que les métiers impliqués dans la réalisation des essais, les pratiques alimentaires (seuls les personnels qui contribuent aux essais nucléaires consomment une alimentation et une boisson entièrement importées) et les loisirs (seule la baignade des premiers est réglementée).

Olivier Leclerc