

LA VEILLE JURIDIQUE

Centre de Recherche de l'École des Officiers de la Gendarmerie Nationale

N° 83

Janvier 2020

EDITO

En ce début d'année, la rédaction de la Veille juridique du CREOGN vous présente des vœux très choisis en espérant que le droit l'emportera sur toute manifestation de force, à l'intérieur comme à l'extérieur de notre territoire.

Cette première veille de 2020 est pour moi l'occasion de remercier très chaleureusement Ludovic Guinamant qui est un pionnier de la Veille juridique, puisqu'il a contribué à sa réalisation, dès le premier numéro, alors qu'il était magistrat au tribunal administratif de Melun. Ses lourdes fonctions actuelles l'obligent à passer le flambeau. Il reste « des nôtres » bien sûr et je ne doute pas qu'à la première éclaircie professionnelle nous

(Suite page 2)



CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

Edito

pourrons compter sur sa fidèle disponibilité.

Nous saluons l'arrivée d'Élisabeth Rolin, magistrate administrative, présidente de chambre à la Cour nationale du droit d'asile qui intègre désormais notre équipe. Réserviste citoyenne de la gendarmerie, auditrice du MBAsp Management de la sécurité de l'EONG, elle a, en particulier servi à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et à l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI), ce qui témoigne de sa très bonne connaissance des sujets liés à la transformation numérique. Qu'elle soit la bienvenue au sein de notre équipe !

L'année qui s'achève a été riche en événements relatifs à l'ordre public. Les forces de l'ordre, en général, les gendarmes, en particulier, ont été particulièrement exposés. L'ordre public se défend dans la rue, mais c'est de plus en plus une bataille médiatique qu'il faut livrer, eu égard à l'impact sur l'opinion publique des images – souvent sélectionnées à des fins partisanes – qui montrent des violences policières. Pour gagner cette bataille, il faut d'abord être exemplaire. Les règles d'éthique et de comportement ne sont pas accessoires dans la formation individuelle et collective. L'encadrement des unités en est aussi une condition de l'engagement dans l'ordre et non dans une dispersion qui est à l'origine de nombreux actes individuels (j'ai souvent entendu des critiques venant d'autorités d'emploi sur le caractère trop monolithique des escadrons...). Quelles que soient les méthodes, les techniques employées dans le maintien de l'ordre, la formation initiale et continue est la clé de la maîtrise de la force. Les concepteurs de Saint-Astier, dès 1969, ont posé la « pierre angulaire » du maintien de l'ordre. La bataille peut être gagnée en

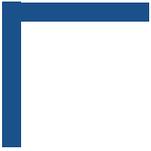
Edito

montrant davantage les images des violences subies par les forces de l'ordre. Elles sont édifiantes et inquiétantes.

Oui, il y a lieu d'être inquiets lorsqu'un président élu ne peut assister à une pièce de théâtre sans être menacé, lorsque des syndicats envahissent les locaux d'un autre syndicat, lorsque le cours de la justice est entravé, lorsque des actions de force sont menées par des minoritaires jusqu'au-boutistes, actions qui relèvent du pénal et qui sont cautionnées par ceux-là même qui devraient défendre une République fondée sur la démocratie et non sur les coups de force. L'année 2020 devra être marquée par un retour à la paix sociale. À défaut, il faut s'attendre au pire.

Bonne et heureuse année de la part de toute la rédaction de la Veille juridique !

Par le général d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD



SOMMAIRE

Déontologie et sécurité.....	5
Droit de l'espace numérique.....	14
Actualité pénale.....	36
Police administrative.....	67
Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée.....	78



Déontologie et sécurité

Frédéric DEBOVE

Des vœux placés sous le signe de la déontologie !

À l'occasion de la présentation de ses vœux à la police nationale le 13 janvier 2020, le ministre de l'Intérieur Christophe Castaner a salué l'engagement de tous les fonctionnaires de police de France tout en rappelant l'ampleur de la responsabilité inhérente au fameux « monopole de la violence légitime » théorisé par le sociologue allemand Max Weber (*Le savant et le politique*, 1919) : « Policier, c'est avoir le droit de faire usage de la force pour combattre les troubles, pour mettre fin aux violences, pour protéger les populations, protéger les Institutions. Ce droit, c'est une responsabilité lourde – la plus lourde qui soit. C'est prendre la mesure de la situation. C'est faire preuve, toujours, de discernement. C'est dompter ses sentiments, se maîtriser, analyser et agir avec mesure et proportionnalité. Cela non plus nous ne devons pas le perdre de vue, car l'usage juste et proportionné de la force est ce qui sépare la démocratie de l'arbitraire, ce qui distingue l'ordre et la brutalité, c'est le fondement, aussi, de notre confiance avec les Français. L'année 2020 n'a que quelques jours et pourtant, déjà, toute cette responsabilité et tout le poids de l'engagement de policier reviennent à nous (...). Chaque interpellation, chaque opération, chaque journée est sensible quand on est policier. Chacune exige la même concentration, la même rigueur, la même exemplarité. Policier ou gendarme, représenter les forces de l'ordre, c'est être un modèle, c'est assumer qui l'on est et porter son RIO (Référentiel des identités et de l'organisation, autrement dit un

Déontologie et sécurité

numéro à 7 chiffres qui permet l'identification individuelle des policiers et des gendarmes, NDLR). C'est être respectueux, même face à ceux qui ne le sont pas. C'est garder son sang-froid, même face à la provocation, même face à la haine, même face aux coups. Depuis un an, je le dis dans chacune de mes visites auprès des policiers et des gendarmes, et je le répèterai aussi longtemps qu'il le faudra : s'il y a un soupçon, il y aura une enquête. S'il y a une faute, il y aura une sanction. Ces mots, je les prononce avec détermination, avec solennité. C'est notre engagement, c'est notre promesse vis-à-vis des Français ».

Sur-employé, épuisé, mais toujours exemplaire

Quand bien même les forces de l'ordre seraient-elles sur-employées et sans doute épuisées par la répétition des manifestations, des mouvements sociaux, et des attroupements, l'honneur de la police et de la gendarmerie nationales, c'est de ne pas faire de croche-pied à l'éthique, sauf à s'abaisser et à abaisser l'institution que chaque fonctionnaire ou militaire représente. Au moment où il prononce ce discours dont l'inflexion déontologique est palpable, le ministre de l'Intérieur a très visiblement à l'esprit plusieurs affaires qui sont lourdes de soupçons à l'encontre des forces de l'ordre. Quelques jours auparavant, un livreur, Cédric Chouviat, décédait en effet des suites d'une asphyxie avec fracture du larynx après avoir été interpellé dans des circonstances qui interrogent et doivent être éclaircies. Au même moment, les réseaux sociaux regorgent de vidéos de violences présentées comme illégitimes à l'occasion notamment des manifestations des « gilets jaunes » ou de celles,

Déontologie et sécurité

plus récentes, contre la réforme des retraites (coups de matraques à la volée, croche-pied gratuit faisant trébucher un manifestant, utilisation du LBD en direction d'une foule compacte pour l'empêcher de progresser, etc.).

Le lendemain du discours prononcé par Christophe Castaner au sein de l'École nationale supérieure de la police (site de Cannes-Ecluse), le président de la République Emmanuel Macron emboîtait le pas de son ministre de l'Intérieur en dénonçant solennellement des comportements qui ne sont pas acceptables tout en demandant au Gouvernement des propositions claires pour améliorer la déontologie. En ce domaine, les propositions sont foisonnantes (amélioration des techniques d'intervention – suspension éventuelle du plaquage ventral, apprentissage de la « désescalade » si chère à nos voisins allemands – réforme en profondeur de la sélection et de la formation des forces de l'ordre afin de valoriser la résolution des conflits au détriment des seules valeurs viriles, mise en place d'un contrôle externe des forces de sécurité intérieure en lieu et place des Inspections internes) et l'année 2020 sera sans doute celle de l'éclosion pour certaines d'entre elles, les plus raisonnables et opérationnelles.

Dans l'attente de ces évolutions à venir, les contrôles se rapportant présentement à la déontologie de la sécurité charrient régulièrement leur lot de décisions intéressantes dont certaines ont pu d'ailleurs fuiter dans la presse spécialisée sans être encore publiées officiellement (dépêche AEF info n°618849 faisant état d'une décision du Défenseur des droits du 10 décembre 2019 dénonçant l'interpellation déguisée de 43 personnes à Paris le 2 janvier 2019 en marge d'un rassemblement de gilets jaunes). Pour

Déontologie et sécurité

s'en tenir aux décisions publiées et donc accessibles régulièrement (restons exemplaire !), **celle rendue le 22 novembre 2019 par le Défenseur des droits** mérite un éclairage particulier.

Banque et téméraire à la fois !

Dans un contexte marqué par une accumulation d'accusations de violences à l'encontre des forces de l'ordre (et plus singulièrement la police nationale), **la décision n° 2019-262 du Défenseur des droits** stigmatise une certaine forme de radicalisation des pratiques policières, pour reprendre l'expression usitée par certains sociologues de la sécurité comme Fabien Jobard.

Les faits de l'espèce peuvent se résumer comme suit : le 17 mars 2016, le réclamant, M. X. participe à une manifestation de lycéens et d'étudiants à proximité de la place de la Nation. De nombreux fonctionnaires de police et militaires de la gendarmerie sont présents sur place aux fins de sécuriser et d'encadrer le cortège de manifestants appelés à progresser boulevard Voltaire en direction de la place de la République. Au sein du dispositif mis en place, des effectifs policiers en civil sont plus particulièrement chargés de repérer et d'interpeller les casseurs et les auteurs de jets de projectiles. En fin de matinée, le lieutenant de police D., coordonnateur d'une des équipes mobiles d'intervention, reçoit de sa station directrice l'ordre de se transporter avec ses effectifs boulevard Voltaire où un groupe de casseurs aux visages dissimulés est aperçu en train de dégrader des commerces. Arrivés sur place, les fonctionnaires de police constatent effectivement la présence d'un homme au comportement suspect, entièrement vêtu de noir, porteur d'une capuche et de gants. Alors qu'il se trouve sur le

Déontologie et sécurité

trottoir opposé aux policiers, l'individu au visage entièrement dissimulé par un cache-cou regarde à plusieurs reprises derrière lui (comme pour s'assurer de l'absence de forces de l'ordre) avant de taguer la vitrine d'une banque en inscrivant en lettres noires « Fuck le SMI ».

Après avoir traversé le cortège des manifestants, huit fonctionnaires de police se dirigent alors vers M. X. aux fins de l'interpeller et de l'extraire rapidement de la foule potentiellement hostile et agitée à l'issue de son interpellation. Arrivé en premier au contact de l'intéressé, le gardien de la paix Y. plaque, dans un premier temps, ce dernier sans ménagement contre la vitre de l'établissement bancaire pour l'immobiliser et éviter toute fuite éventuelle. Le procès-verbal qui relate cette interpellation précise d'ailleurs expressément que la tête de l'individu heurte la vitrine de la banque au moment de l'intervention du gardien de la paix Y. Dans un second temps, et alors que M. X. tente de se débattre en gesticulant, le gardien de la paix Z. porte assistance à son collègue en amenant l'individu interpellé au sol afin de mieux le maîtriser. C'est alors que le gardien de la paix Z. assène plusieurs coups de bâton souple à l'arrière des cuisses de M. X. afin de permettre au lieutenant F. de procéder à son menottage plus aisément.

Une fois maîtrisé, l'individu est ensuite conduit au commissariat pour être placé en garde à vue, étant précisé qu'à l'occasion de leur repli vers leurs véhicules, certains fonctionnaires de police sont victimes de jets de projectiles malgré la bulle de protection mise en place par des effectifs de la brigade anti-criminalité. A cours de cette garde à vue, M. X. s'est vu établir une ITT de quatre jours en considération d'un traumatisme facial, sans perte de connaissance,

Déontologie et sécurité

avec lésions dentaires. Renvoyé devant le tribunal correctionnel de Paris pour dégradations de biens aggravées par la dissimulation volontaire du visage, M. X. sera condamné au printemps 2016 à ... 35 heures de travail d'intérêt général. Après la fonte des neiges, voici venu le temps de la fonte des peines ...

Légalité, nécessité et proportionnalité ... ou la trinité déontologique

Dans sa réclamation transmise au Défenseur des droits, M. X. dénonce un usage disproportionné de la force au moment de son interpellation ainsi que des insultes à caractère homophobe.

S'agissant des insultes prétendument proférées par les fonctionnaires de police, le Défenseur des droits constate par une formule lapidaire qu'il n'est pas en mesure de se prononcer sur ce manquement à la déontologie de la sécurité, en considération des versions contradictoires des protagonistes et de l'absence de tout autre élément de preuve déterminant.

Autant le Défenseur des droits se montre laconique sur l'allégation se rapportant aux insultes homophobes, autant ladite autorité administrative indépendante est nettement plus diserte et loquace s'agissant de la force déployée à l'occasion de l'interpellation de M. X.

Au moment de se prononcer sur ce grief, le Défenseur des droits rappelle à titre liminaire la teneur des dispositions de l'article R. 434-18 du Code de la sécurité intérieure (issues du Code de déontologie commun à la police et à la gendarmerie nationales) selon lesquelles « le policier ou le gendarme emploie la force dans le cadre fixé par la loi, seulement lorsque c'est nécessaire, et de

Déontologie et sécurité

façon proportionnée au but à atteindre ou à la gravité de la menace selon le cas ».

Légalité, nécessité et proportionnalité : la trinité des exigences inhérentes à toute violence légitime est bien connue. En considération des circonstances de l'espèce, la légalité de l'intervention policière n'apparaît pas fondamentalement sujette à caution aux yeux du Défenseur des droits. Au moment de leur intervention, les effectifs de police pouvaient légitimement croire en la caractérisation d'un délit flagrant (dégradations volontaires de biens aggravées par la dissimulation volontaire du visage afin de ne pas être identifié, art. 322-3 C. pén.) qu'il leur appartenait de faire cesser par l'interpellation de l'auteur. Sans doute la théorie de l'apparence permet-elle de valider l'usage de la coercition en présence d'infractions dont la qualification est incertaine au moment de l'intervention policière. Pour autant, il ne paraît pas superflu de rappeler que le tag est en principe un délit puni seulement d'une peine d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général lorsqu'il n'en résulte qu'un dommage léger (art. 322-1 al.2 C. pén.). C'est seulement lorsque la peinture appliquée par le prévenu a atteint et détérioré la substance même du support que la dégradation est sanctionnée d'une peine d'emprisonnement pourvoyeuse de coercition (Crim., 1er juin 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, 675).

Régulier, l'usage de la force était-il pareillement nécessaire ?

Des bienfaits d'une interpellation rapide et efficace

Inévitablement appréciée *in concreto*, cette nécessité se jauge à l'aune de plusieurs critères, et singulièrement le comportement du suspect qu'il s'agit d'appréhender. Présentait-il des signes de

Déontologie et sécurité

dangerosité ? Etait-il menaçant pour lui-même ou pour autrui ? Pouvait-il prendre la fuite ? A t-il d'ailleurs tenté de s'enfuir ou de résister activement à son interpellation ?

À la lumière des faits de l'espèce et des critères ci-dessus énoncés, le Défenseur des droits juge contestable le recours à la force en pareilles circonstances. Pour parvenir à ce constat, le Défenseur des droits relève tout d'abord que l'attitude de M. X. ne caractérisait aucune menace actuelle ni réelle, d'autant plus que l'intéressé se trouvait légèrement isolé des manifestants lorsqu'il taguait la vitrine de la banque. Les effectifs mobilisés (8) pour cette interpellation, combinés au caractère très réduit de l'espace où elle s'est déroulée, rendaient de surcroît vaine et illusoire toute possibilité de fuite. Selon l'appréciation du Défenseur des droits qui s'érige par là-même en véritable moniteur d'intervention professionnelle (MIP), « l'effet de surprise généré par l'arrivée rapide de huit policiers, en civil, paraissait suffisant pour permettre une interpellation rapide et efficace en saisissant les deux poignets de l'intéressé afin de procéder à son menottage », le fait de plaquer « sans ménagement » contre la vitrine de la banque n'ayant apporté aucune plus-value en termes de sécurisation de l'intervention policière.

Ni nécessaire, ni proportionnée : telle est la conclusion finale du Défenseur des droits s'agissant de l'intervention policière litigieuse. *Ite missa est ...* En soi, l'absence de nécessité dans l'usage de la force est déjà constitutive d'un manquement à la déontologie de la sécurité. À ce premier manquement, s'en ajoute cependant un second – la disproportion – que le Défenseur des droits s'attache à expliciter avec une mâle énergie. Rappelons qu'à la suite de son placage contre la vitrine, M. X. a subi un traumatisme facial qui s'est

Déontologie et sécurité

doublé de la perte de deux dents que l'intéressé avait conservées dans sa bouche jusqu'à sa présentation devant un OPJ afin, selon les déclarations de M. X., que « les policiers ne puissent s'en débarrasser ».

S'il reconnaît volontiers que son geste était sans ménagement et sec, le gardien de la paix, auteur du placage litigieux, l'estime toutefois nécessaire – pour éviter un coup de coude – et non excessif. Le Défenseur des droits ne fait pas sienne cette appréciation en considérant au contraire que « la blessure de M. X. témoigne d'un choc violent difficilement compatible avec un simple geste professionnel faisant suite à un usage maîtrisé de la force ». En ce qu'il constitue un usage non nécessaire et disproportionné de la force, ce placage violent caractérise donc logiquement un manquement déontologique aux dispositions précitées de l'article R. 434-18 du Code de la sécurité intérieure.

Last but not least ... Signalons enfin que le geste technique d'intervention professionnelle consistant à « achever » l'interpellation en portant des coups de matraque souple au niveau des ischio-jambiers de M. X. afin de faciliter son menottage, lui provoquant de nouvelles souffrances, et au risque de créer des réactions hostiles de la part de celui qui les subit, est également vilipendé par le Défenseur des droits. Autrement dit, là où des mains fermes peuvent sans doute suffire, l'usage de la matraque est déontologiquement fâcheux, déplacé et malvenu.

Droit de l'espace numérique

Général d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Décision n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019

Est conforme à la Constitution, à l'exception des dispositions qui s'appliquent à une infraction déjà établie, la collecte et l'exploitation au moyen de traitements informatisés, par les services fiscaux et douaniers, des contenus « librement accessibles », autorisée par l'article 154 de la loi de finances pour 2020.

La loi de finances pour 2020, par son article 154, permet à l'administration fiscale et à l'administration des douanes et des droits indirects de collecter et d'exploiter au moyen de traitements informatisés les contenus « librement accessibles », publiés sur Internet par les utilisateurs des opérateurs de plateformes en ligne relevant de l'article L. 111-7-I-2° du Code de la consommation. Ces plateformes permettent la mise en relation en vue de la vente, de la fourniture, de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service (« places de marché »), mais aussi le partage de contenus (« réseaux sociaux »).

Cette disposition est autorisée à titre expérimental pour une durée de trois ans.

L'objectif poursuivi est de rechercher par ce moyen les infractions fiscales et douanières les plus graves. Internet constitue aujourd'hui une source d'informations peu exploitée eu égard aux limites de l'exploitation manuelle par une ressource humaine limitée en

Droit de l'espace numérique

nombre. Le législateur permet un « changement d'échelle significatif dans le cadre des prérogatives confiées à ces administrations dans le cadre de leurs missions », comme le souligne la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), saisie pour avis¹, qui considère que ce type de traitement est d'un « genre nouveau » par rapport aux cas qu'elle a eu à traiter auparavant.

Les traitements en cause peuvent être mis en œuvre pour la recherche de certains manquements et de certaines infractions dont la commission est rendue possible ou favorisée par l'usage d'Internet. Peuvent être ainsi concernés le défaut ou le retard de production d'une déclaration fiscale en cas de découverte d'une activité occulte et de la fabrication, de la détention, de la vente ou du transport illicites de tabac, des pratiques frauduleuses en matière d'alcool, de tabac et de métaux précieux, et les délits douaniers sanctionnant la contrebande, l'importation et l'exportation de marchandises non déclarées, ainsi que le blanchiment de produits financiers provenant d'un délit douanier ou d'une infraction à la législation sur les stupéfiants. D'autres cas sont envisagés qui ne sont pas « rendus possibles ou favorisés » par l'usage d'Internet mais constituent un des cas les plus graves de soustraction à l'impôt, telle l'insuffisance de déclaration mentionnée à l'article 1729 du Code général des impôts découlant d'un manquement aux règles de domiciliation fiscale fixées à l'article 4 B. Comme le souligne le gouvernement, l'article 154 permet à l'administration de collecter et d'exploiter des données

1. Délibération CNIL n° 2019-114 du 12 septembre 2019.

Droit de l'espace numérique

publiées par des internautes qui révéleraient une pratique de fraude fiscale réalisée exclusivement dans le monde physique, par exemple dans le cas où son auteur en ferait simplement état publiquement sur un réseau social.

Le Conseil constitutionnel a partiellement censuré cet article mais en a validé l'essentiel en vérifiant les conditions garantissant un équilibre entre l'atteinte aux libertés et l'objectif constitutionnel de lutte contre les fraudes fiscales et douanières les plus graves.

I. Un texte attentatoire aux libertés qui répond à un objectif constitutionnel

L'examen des dispositions du texte met en évidence leur caractère attentatoire à la vie privée, dès lors qu'il s'agit de « collecter de façon indifférenciée d'importants volumes de données, relatives à un grand nombre de personnes, publiées sur des services de communication au public en ligne et, d'autre part, d'exploiter ces données, en les agrégeant et en opérant des recoupements et des corrélations entre elles ».

L'atteinte à la vie privée est effective, même s'il s'agit de données rendues publiques par les personnes qu'elles concernent. L'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est également constituée, les mesures envisagées étant « susceptibles de dissuader d'utiliser de tels services ou de conduire à en limiter l'utilisation ». Eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne, la liberté d'accès est une des manifestations de la libre communication des pensées et des opinions garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Droit de l'espace numérique

Les Sages rappellent que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales est un objectif de valeur constitutionnelle² qui doit toutefois être concilié avec le droit au respect de la vie privée.

II. Les conditions de l'équilibre sont garanties par le texte

L'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales doit être mis en balance avec la liberté d'expression et de communication qui permet de parler, d'écrire et d'imprimer, conditionne la démocratie et est l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Conformément à sa jurisprudence, les atteintes portées à cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

Des données librement accessibles et manifestement rendues publiques

Pour que cet équilibre soit respecté, le Conseil constitutionnel relève que les recueils de données doivent répondre à deux conditions cumulatives. Les contenus doivent être librement accessibles et manifestement rendus publics par les utilisateurs des sites. La collecte ne peut concerner des sites dont l'accès est restreint par la saisie d'un mot de passe ou l'inscription sur le site en cause. Elle ne peut porter que sur les données mises en ligne par la personne concernée et exclut les données dites « sensibles »³

². Décision n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, cons. 52 ; décision n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, cons. 6.

³. La prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une

Droit de l'espace numérique

énoncées à l'article 9 du RGPD (art. 6 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

Un traitement par des agents spécialement habilités

Les traitements doivent être mis en œuvre par des agents des administrations fiscale et douanière ayant au moins le grade de contrôleur, spécialement habilités et tenus au secret professionnel⁴. Seule la conception des outils de traitement des données, à l'exclusion de leur collecte, de leur traitement et de leur conservation, peut être confiée à un sous-traitant de l'administration. Les agents spécialement habilités auront la responsabilité d'effectuer le tri des données et transmettront aux services compétents à des fins d'exploitation opérationnelle les données laissant suspecter la commission d'une des infractions limitativement prévues par l'article 154. À cet égard, il résulte des termes mêmes du sixième alinéa de l'article 154 de la loi de finances pour 2020, qui évoque la corroboration et l'enrichissement des données, que celles-ci ne pourront à elles seules justifier l'engagement d'une procédure pénale, fiscale ou douanière. Elles devront être confrontées à d'autres éléments d'information dont disposent ces services, issus d'enquêtes ou de contrôles effectués par d'autres moyens. Les données collectées dans le cadre de cet article 154 constituent ainsi des moyens de preuve supplémentaires justifiant l'engagement d'une procédure de contrôle.

personne, les données génétiques et biométriques et celles concernant la santé et la vie ou l'orientation sexuelles.

⁴. Articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, article L. 103 du Livre des procédures fiscales et article 59 bis du Code des douanes.

Droit de l'espace numérique

Une conservation des données encadrée

La conservation des données est strictement encadrée. Celles manifestement sans lien avec les manquements et infractions recherchés ou qui constituent des données sensibles sont détruites au plus tard dans les cinq jours suivant leur collecte, sans aucune autre exploitation possible de ces données pendant ce délai. Les autres données doivent être détruites dans les trente jours si elles ne sont pas de nature à concourir à la constatation des manquements ou infractions. Seules peuvent être conservées les données strictement nécessaires à une telle constatation, dans la limite d'une année ou, le cas échéant, jusqu'au terme de la procédure pénale, fiscale ou douanière dans le cadre de laquelle elles sont utilisées, quand bien même ce terme surviendrait postérieurement à l'expiration de la durée d'expérimentation de trois ans.

L'exclusion de la reconnaissance faciale

La loi exclut la mise en œuvre de tout procédé de reconnaissance faciale à partir de photographies diffusées en ligne. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'exploitation de photographies révélant la commission d'une des infractions en cause par une personne nommément désignée ou identifiable par d'autres voies. Dans le cadre de l'expérimentation, l'administration fiscale envisage de n'exploiter les photographies qu'en tant qu'elles comportent du texte, en cas notamment de numérisation d'un document. L'administration des douanes exploitera, quant à elle, les images et les vidéos, à l'exclusion de tout traitement de reconnaissance

Droit de l'espace numérique

faciale, notamment pour ce qui concerne les contrefaçons.

L'humain derrière le traitement algorithmique

Application de l'interdiction de prendre une décision sur le seul résultat d'un traitement algorithmique, aucune procédure pénale, fiscale ou douanière ne peut être engagée sans qu'ait été portée une appréciation individuelle de la situation de la personne par l'administration, qui ne peut alors se fonder exclusivement sur les résultats du traitement automatisé. Pour le Conseil constitutionnel, il appartiendra au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge, de veiller à ce que les algorithmes utilisés par ces traitements ne permettent de collecter, d'exploiter et de conserver que les données strictement nécessaires à ces finalités.

Partant de ces observations, les Sages considèrent que « le législateur a, compte tenu de l'ensemble de ces conditions, assorti le dispositif de garanties propres à assurer, entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée. Il en résulte également que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis ». Le Conseil constitutionnel invite le législateur à apprécier, au terme du délai de trois ans, fixé par la loi, son efficacité dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, au regard des atteintes portées aux droits et libertés et du respect des conditions édictées. À la lumière de cette évaluation, la conformité à la Constitution de ce dispositif pourra de nouveau être examinée.

Droit de l'espace numérique

III. Une inconstitutionnalité partielle

Le Conseil constitutionnel, en revanche, déclare contraires à la Constitution les dispositions permettant la collecte et l'exploitation automatisées de données pour la recherche du manquement prévu au b du 1 de l'article 1728 du Code général des impôts, qui sanctionne d'une majoration de 40 % le défaut ou le retard de production d'une déclaration fiscale dans les trente jours suivant la réception d'une mise en demeure. En effet, l'administration, qui a mis en demeure le contribuable de produire sa déclaration, a déjà connaissance d'une infraction à la loi fiscale, sans avoir besoin de recourir au dispositif automatisé de collecte de données personnelles. La mise en œuvre d'une telle mesure pour la simple recherche de ce manquement porte au droit au respect de la vie privée et à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-311/18 Data Protection Commissioner / Facebook Ireland et Maximilian Schrem

Le 19 décembre 2019, la Cour de Justice de l'Union européenne a publié les conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe. Selon lui, la décision 2010/87/UE de la Commission relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers est valide. Plusieurs médias

Droit de l'espace numérique

ont alors titré « le transfert des données personnelles vers les États-Unis validé par la CJUE » ou « la CJUE donne raison aux GAFAM ». Si les conclusions de l'avocat général sont souvent suivies, il convient de les présenter comme une étape de la réflexion juridique et non comme une jurisprudence.

Au cœur du problème se trouve la question du transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis en dehors de l'Union. On admettra aisément que ces données doivent alors bénéficier d'un traitement au moins égal à celui qui est imposé aux échanges entre États membres, au risque d'opérer à l'extérieur de l'Union des traitements illégaux en son sein. Dès 1995, la directive 95/46/CE⁵ a imposé la reconnaissance par la Commission d'un niveau de protection adéquate des données à caractère personnel respecté par le pays d'importation. Le Règlement général sur la protection des données (RGPD)⁶ a maintenu cette exigence (art. 44⁷), ainsi que

5. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

6. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

7. « Un transfert, vers un pays tiers ou à une organisation internationale, de données à caractère personnel qui font ou sont destinées à faire l'objet d'un traitement après ce transfert ne peut avoir lieu que si, sous réserve des autres dispositions du présent règlement, les conditions définies dans le présent chapitre sont respectées par le responsable du traitement et le sous-traitant, y compris pour les transferts ultérieurs de données à caractère personnel au départ du pays tiers ou de l'organisation internationale vers un autre pays tiers ou à une autre organisation internationale. »

Droit de l'espace numérique

les dérogations offertes en l'absence de décision d'adéquation. En l'absence d'une telle reconnaissance, le responsable du traitement peut procéder au transfert, par contrat entre l'exportateur et l'importateur, des données intégrant des clauses types de protection prévues par la décision 2010/87/UE⁸. Cette décision a institué des clauses contractuelles types (Art. 46 RGPD) pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers. Son article 1^{er} dispose que les clauses contractuelles types figurant en annexe sont considérées comme offrant des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, ainsi qu'à l'égard de l'exercice des droits correspondants.

Maximillian Schrems, étudiant autrichien, est déjà connu pour être à l'origine de la fin de la « Sphère de sécurité »⁹. Le 25 juin 2013, il saisit l'autorité irlandaise de protection des données (Data Protection Commissioner - DPC) d'une plainte concernant Facebook, réseau social auquel il est abonné. Il lui demande d'interdire à Facebook Ireland de transférer les données à caractère personnel le concernant vers les États-Unis. Il fait référence aux révélations faites

⁸. Décision de la Commission du 5 février 2010 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil modifiée par la décision d'exécution (UE) 2016/2297 de la Commission du 16 décembre 2016.

⁹. La décision n° 2000/520/CE du 26 juillet 2000 de la Commission, constatant que les États-Unis respectent la « Sphère de sécurité – *Safe Harbor* », est annulée par l'arrêt CJUE C-362/14 *Maximillian Schrems/ Data Protection Commissioner* du 6 octobre 2015. Elle est désormais remplacée par la décision « Bouclier de protection - Privacy Shield ».

Droit de l'espace numérique

par M. Edward Snowden, concernant « l'affaire PRISM » qui met en lumière les activités des services de renseignement des États-Unis. Le droit américain impose, selon lui, à Facebook Inc. de mettre les données à caractère personnel des utilisateurs à la disposition d'autorités américaines, telles que *la National Security Agency* (NSA) et le *Federal Bureau of Investigation* (FBI), dans le cadre de programmes de surveillance et entrave ainsi l'exercice des droits garantis aux articles 7, 8 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Il en est ainsi de l'article 702¹⁰ du *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) (loi sur la surveillance en matière de renseignement extérieur) et de l'*Executive Order* 12333 (décret présidentiel n° 12333). Il considère que le droit et les pratiques en vigueur dans ce pays tiers ne garantissent pas une protection suffisante des données à caractère personnel conservées sur son territoire contre les intrusions découlant des activités de surveillance pratiquées par les autorités publiques. Les données des utilisateurs de Facebook résidant au sein de l'UE étant transférées depuis Facebook Ireland, filiale irlandaise de Facebook Inc., vers des serveurs situés sur le territoire des États-Unis, où elles font l'objet de traitements, le plaignant estime qu'elles ne font pas l'objet d'une protection suffisante.

Cette plainte est rejetée au motif que l'accord « Sphère de sécurité » offre des garanties suffisantes. Mais cet accord ayant été annulé, la

¹⁰. L'article 702 du FISA permet à l'*Attorney General* (procureur général, États-Unis) et au *Director of National Intelligence* (DNI) (directeur du renseignement national, États-Unis) d'autoriser conjointement, pour une durée d'un an, aux fins de se procurer des informations en matière de renseignement extérieur, la surveillance de personnes qui ne sont pas des citoyens américains et qui ne résident pas de manière permanente aux États-Unis (dites « personnes non américaines »).

Droit de l'espace numérique

High Court (Haute Cour, Irlande) annule la décision par laquelle l'autorité de contrôle a rejeté la plainte de M. Schrems et la renvoie devant cette autorité pour examen. Celle-ci relance la procédure en tenant compte de l'invalidation de la décision « Sphère de sécurité ». Maximilian Schrems demande à Facebook Ireland d'identifier les fondements juridiques sur lesquels reposent les transferts des données à caractère personnel des utilisateurs de Facebook depuis l'Union vers les États-Unis. Dans sa réponse, Facebook Ireland fait référence à un accord de transfert et de traitement de données (*data transfer processing agreement*) conclu entre elle-même et Facebook Inc., applicable depuis le 20 novembre 2015, et invoque la décision 2010/87. M. Schrems conteste cet accord : d'une part, les clauses contenues dans cet accord ne sont pas conformes aux clauses contractuelles types prévues par la décision 2010/87 et, d'autre part, ces clauses contractuelles types ne pourraient pas, en tout état de cause, fonder le transfert des données à caractère personnel le concernant vers les États-Unis. M. Schrems ajoute qu'aucune voie de recours ne permet aux personnes concernées de faire valoir aux États-Unis leurs droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel.

L'autorité de contrôle estime alors que le traitement de la plainte dépend de la validité de la décision 2010/87. Elle engage une nouvelle procédure devant la *High Court* pour que celle-ci, par renvoi préjudiciel, saisisse la CJUE.

Dans ses conclusions, l'avocat général propose à la CJUE de répondre que l'analyse de la décision 2010/87 n'a pas révélé d'éléments de nature à entacher sa validité. L'ensemble de son analyse est guidé, dit-il, par la recherche d'un équilibre entre, d'une part, la nécessité de faire preuve d'un « degré de pragmatisme

Droit de l'espace numérique

raisonnable afin de permettre une interaction avec le reste du monde » et, d'autre part, celle d'affirmer les valeurs fondamentales reconnues dans les ordres juridiques de l'Union et de ses États membres, en particulier par la Charte. Pour lui, le droit de l'Union s'applique aux transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers lorsque ces transferts obéissent à des finalités commerciales, même si les données transférées sont susceptibles de subir de la part des autorités publiques de ce pays tiers des traitements à des fins de sécurité nationale. La conformité de la décision 2010/87 à la Charte dépend du point de savoir s'il existe des mécanismes suffisamment solides permettant d'assurer que les transferts fondés sur les clauses contractuelles types soient suspendus ou interdits en cas de violation de ces clauses ou de l'impossibilité de les honorer. Selon l'avocat, tel est le cas dans la mesure où il existe une obligation – pesant sur les responsables du traitement et, en cas d'inaction de ces derniers, sur les autorités de contrôle – de suspendre ou d'interdire un transfert lorsque, en raison d'un conflit entre les obligations découlant des clauses types et celles imposées par le droit du pays tiers de destination, ces clauses ne peuvent pas être respectées.

Ainsi, l'avocat général place Facebook Irland et le DPC devant leurs responsabilités. La question de la validité de la décision « bouclier de protection des données » n'ayant pas été expressément déférée, il déconseille à la Cour de statuer sur ces questions dans le seul but d'aider le DPC à traiter cette plainte. « Il n'y a pas lieu d'y répondre pour permettre à la juridiction de renvoi de résoudre le litige au principal. La procédure prévue à l'article 267 TFUE instituant un dialogue entre juges, la Cour n'est pas appelée à apporter un

Droit de l'espace numérique

éclairage à l'unique fin d'assister une autorité administrative dans le cadre d'une procédure sous-jacente à ce litige ». M. Saugmandsgaard Øe expose toutefois, à titre subsidiaire, les raisons qui l'amènent à s'interroger sur la validité de la décision « bouclier de protection des données » au regard des droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. Le dossier Schrems n'est pas clos...

Droit de l'espace numérique

Lieutenant Océane GERRIET

**Le mot de passe d'un smartphone peut-il être considéré
comme une « convention secrète de déchiffrement » ?**

*Commentaire de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour
de cassation le 10 décembre 2019, n° 18-86.878*

Dans un arrêt rendu le 10 décembre 2019, les hauts magistrats répondent implicitement à cette question en confirmant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 8 novembre 2018 ayant condamné le mis en cause pour refus de communication de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie. La Cour de cassation précise également que cette disposition, issue de l'article 434-15-2 du Code pénal, n'est pas contraire aux articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ConvEDH).

En l'espèce, un individu est contrôlé à bord de son véhicule. Les fonctionnaires de police constatent la présence de résine de cannabis, d'une somme importante en numéraire et d'un téléphone portable. Lors d'une perquisition effectuée à son domicile, ils trouvent de nouveau des milliers d'euros et trois téléphones portables. Le mis en cause refuse de communiquer les codes de déverrouillage de ses téléphones. Il est ainsi poursuivi de plusieurs chefs, dont le refus de communiquer la convention secrète de déchiffrement de son téléphone.

Ses avocats soulèvent (notamment) l'inconventionnalité de l'article 434-15-2 du Code pénal en ce qu'il porte atteinte au droit de se

Droit de l'espace numérique

taire et de ne pas s'auto-incriminer, droits garantis par les articles 6 et 7 de la ConvEDH. Ce moyen fut déjà soulevé dans un autre cas d'espèce similaire à celui-ci et précédemment évoqué dans la [veille juridique de juin 2019](#) (n° 79, p. 29-36). Il avait donné lieu à une saisine du Conseil constitutionnel qui, [par décision n° 2018-696 QPC](#) rendue par le Conseil constitutionnel le 30 mars 2018, avait conclu à la conformité des dispositions du Code pénal. Pour mémoire, il estimait que cette disposition n'avait ni pour objet d'obtenir des aveux de la part du mis en cause, ni de reconnaître ou poser une présomption de culpabilité, mais simplement de permettre le déchiffrement de données cryptées **par** la personne (ou l'organisme) **ayant connaissance** de cette convention. Le Conseil constitutionnel précisait également que l'enquête ou l'instruction devait démontrer que ces données avaient été utilisées pour « préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit ». Enfin, il rappelait également que ces données existaient « indépendamment de la volonté de la personne suspectée ».

Dans le présent arrêt commenté, la Cour de cassation suit ce raisonnement. Elle précise que « l'atteinte au droit de se taire et au droit de ne pas s'auto-incriminer est constituée dès lors que les données ne peuvent exister indépendamment de la volonté du suspect, ce qui n'est pas le cas des données contenues dans les téléphones, qui peuvent être obtenues par des moyens techniques ». Cette approche est constante pour la Cour de cassation¹. En l'espèce, les données contenues dans un smartphone peuvent être obtenues par des « pouvoirs coercitifs » existant

1. Exemple : Crim., 6 janvier 2015, n° 13-87.652.

Droit de l'espace numérique

« indépendamment de la volonté de l'intéressé », de sorte qu'en refusant de transmettre son mot de passe (par ailleurs, duquel s'agit-il : du code PIN ou du code de déverrouillage ?), le mis en cause n'a fait que retarder l'échéance. Enfin, la seconde condition constitutive est bien évidemment remplie, dès lors qu'au moment de son interpellation, le requérant était en possession de sommes d'argent importantes et de cannabis laissant « présumer un usage du téléphone portable en lien avec des infractions à la légalisation sur les stupéfiants ».

Cette solution est-elle évidente ? Rien n'est moins sûr. Dans un arrêt rendu le 16 avril 2019², la Cour d'appel de Paris prenait clairement le contrepied de la décision du Conseil constitutionnel. À ses yeux, si le code de déverrouillage d'un téléphone portable « **permet d'accéder** aux données de ce téléphone portable et donc aux éventuels messages qui y sont contenus », il « **ne permet pas de déchiffrer des données ou messages cryptés et, en ce sens, ne constitue pas une convention secrète d'un moyen de cryptologie** ». En effet, comme nous l'avons brièvement expliqué dans la veille juridique de juin 2019, c'est un système interne au smartphone qui permet de chiffrer et déchiffrer, tout en générant ses propres clés. Ainsi, l'infraction ne pouvait être constituée, le mot de passe d'un smartphone ne répondant pas à la définition de moyen de cryptologie telle que fixée dans l'article 29 de la [loi n° 2004-575 du 21 juin 2004](#) pour la confiance dans l'économie numérique³.

Force est de constater que l'appréhension de cette notion n'est pas

2. Cour d'appel de Paris, 16 avril 2019, n° 18-09267.

3. « Tout matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données (...) à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention secrète. »

Droit de l'espace numérique

aisée et qu'elle suscite le débat au sein des juridictions. Cela crée également des brèches favorables à la défense. Il reste donc à savoir si les juridictions vont s'aligner sur la position de la Cour de cassation ou forcer le législateur à amender ces dispositions...

Le non-respect du Règlement général sur la protection des données (RGPD) à nouveau sanctionné : une sanction d'un demi-million d'euros prononcée par la CNIL à l'encontre d'une société française

Délibération de la formation restreinte de la CNIL n° SAN-2019-010 du 21 novembre 2019 concernant la société Futura Internationale

Après avoir sévèrement sanctionné Google, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) démontre qu'elle assume pleinement son rôle de vigie des données personnelles. Une société française a été sanctionnée pour ne pas avoir respecté de nombreuses dispositions du RGPD dans le cadre de ses actions de démarchage téléphonique.

La société Futura Internationale est spécialiste de la rénovation énergétique pour les particuliers. À cette fin, elle sous-traite à des centres d'appels, situés en dehors de l'Union européenne, ses campagnes de prospection téléphonique. C'est une nouvelle fois le démarchage abusif qui est pointé du doigt et ce, en dépit du renforcement de la législation. Une plainte a donc été déposée auprès de la CNIL contre cette société par un plaignant dénonçant des appels réguliers et abusifs, malgré l'exercice de son droit

Droit de l'espace numérique

d'opposition.

Conformément aux prérogatives qui sont les siennes, la Commission s'est rendue dans les locaux de l'entreprise pour effectuer un contrôle. Elle a découvert, à cette occasion, que d'autres plaignants avaient exprimé leur mécontentement auprès de la société en raison d'un défaut de prise en compte de leur droit d'opposition. Elle a, par ailleurs, remarqué que le logiciel de gestion de clientèle permettait d'enregistrer des commentaires sur les clients et que ceux-ci pouvaient s'avérer « injurieux » ou « relatifs à l'état de santé » des personnes appelées. En outre, les clients étaient mal informés, voire pas informés du tout, sur le traitement de leurs données personnelles ou sur la possibilité que l'appel soit enregistré. Enfin, à l'issue du contrôle, elle a demandé à la société de fournir de nombreux documents, tels que les contrats passés avec les sous-traitants. Malgré de nombreux délais accordés, la société n'a répondu que partiellement aux exigences de la CNIL.

De fait, dans une décision en date du 27 septembre 2018, elle a mis en demeure la société de se mettre en conformité avec les exigences du RGPD et a prescrit des mesures correctrices :

- veiller au caractère pertinent et non excessif des données collectées (art. 5-1-c) en supprimant les commentaires injurieux et en empêchant leur enregistrement, notamment par la mise en place d'une exclusion automatique de termes et par la sensibilisation des salariés ;
- transmettre les documents initialement demandés sur les sociétés sous-traitantes (leur nom et leurs enregistrements les plus récents) ;

Droit de l'espace numérique

- fournir une information complète sur le régime de traitement des données (responsable du traitement, finalité, règles de transfert, etc.) aux personnes auprès desquelles les données sont directement (articles 12 et 13 du RGPD) ou indirectement (article 14 du RGPD) collectées (en l'espèce, les personnes prospectées par téléphone n'étaient pas averties du régime de traitement de leurs données) ;
- rendre effectif le droit d'opposition (article 21-1 du RGPD) ;
- respecter les garanties relatives au transfert de données à caractère personnel vers un État n'assurant pas un niveau suffisant de protection (articles 46 à 49 du RGPD) ;
- justifier auprès de la CNIL de l'effectivité de ces mesures.

Une nouvelle fois, Futura Internationale demande des reports de délais pour finalement informer la CNIL qu'elle ne pourra répondre à la totalité des mesures. Dès lors, le 11 juin 2019, la CNIL a notifié à la société un rapport détaillant les manquements constatés. Peu de temps après, cette dernière a fourni des observations, dont l'information selon laquelle les commentaires inappropriés présents dans le logiciel étaient effacés. Néanmoins, la société n'ayant pas respecté l'ensemble des préconisations, la CNIL a maintenu les propositions formulées par le rapporteur. Elle conclut aux manquements suivants :

- **absence de prise en compte du droit d'opposition des personnes** (absence de mécanisme efficace permettant d'identifier les personnes ayant émis leur droit d'opposition et de répercuter leur demande sur l'ensemble des sous-traitants, de sorte que malgré une demande d'opposition, certaines

Droit de l'espace numérique

personnes figuraient encore dans le traitement) ;

- **présence de données non pertinentes** (commentaires excessifs ou inadéquats) ;
- **information insuffisante relative au traitement des données personnelles** (la société a mis en place un mécanisme d'information *a posteriori* par l'envoi d'un courriel postérieur à l'échange téléphonique, or ce process n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 13 du RGPD qui exige une information même sommaire au moment où les données sont collectées) ;
- **absence d'encadrement suffisant relatif au transfert de données personnelles en dehors de l'UE** ;
- **défaut de coopération avec la CNIL**. Cette dernière souligne deux points : d'une part, il incombe à la société de choisir des professionnels compétents pour répondre aux exigences du RGPD, d'autre part, la société a « clairement exprimé » son « désintérêt flagrant pour ces sujets ».

Au-delà de la gravité des manquements, la CNIL met en lumière l'absence de diligence de la société. Ainsi, outre l'amende de 500 000 € et l'astreinte de 500 € par jour de retard concernant la mise en conformité, la CNIL entérine la publicité de la décision qui vise à rappeler qu'elle « porte attention particulière au respect des droits des personnes, notamment dans le contexte des pratiques de démarchage téléphonique qui sont une préoccupation du quotidien pour les personnes **et que le fait de coopérer avec la CNIL est une obligation qui, si elle n'est pas respectée, est sanctionnable** ».

Cette décision se veut donc véritablement pédagogique mais

Droit de l'espace numérique

résonne également comme un avertissement à l'encontre des entreprises responsables de traitement. Elle rappelle que la protection des données personnelles relève de la vigilance de tous mais qu'elles ont un rôle prééminent à jouer et une responsabilité à endosser. Enfin, cette décision souligne également l'« ampleur » du phénomène du démarchage et ses « conséquences pratiques pour les personnes démarchées ». À ce jour, [la proposition de loi](#) visant à renforcer les droits des consommateurs en matière de démarchage téléphonique, qui prévoit notamment des amendes administratives plus conséquentes et une obligation d'actualiser leur base de fichiers avec la base Bloctel, est renvoyée à la commission des lois.

To be continued...

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

**STATUT DU MINISTÈRE PUBLIC – MANDAT D'ARRÊT
EUROPÉEN**

Cour de justice de l'Union européenne, 12 décembre 2019

La décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) était attendue, car elle pose une pierre supplémentaire à l'édifice du statut du ministère public. Redoutée par les pouvoirs publics et les magistrats, elle était annoncée comme apocalyptique par les commentateurs. Dans une décision argumentée, la CJUE reconnaît au ministère public français la compétence d'émettre des mandats d'arrêts européens (MAE) en tant qu'autorité judiciaire indépendante, enjeu de taille au regard des mandats délivrés qui avoisinent le chiffre de 14 500. De plus, la CJUE a rendu, le 27 mai 2019, deux arrêts abondamment commentés. La Cour a effectué une distinction entre les Parquets allemands, dont elle a estimé qu'ils ne relèvent pas de cette notion car ils sont exposés au risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part du pouvoir exécutif dans le cadre de l'adoption d'une décision relative à l'émission d'un MAE et le procureur général de Lituanie, dont elle a considéré qu'il répond à cette qualification parce que son statut lui confère une garantie d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif.

Le mandat d'arrêt européen est une demande de remise directe entre les autorités judiciaires des États membres que permet de concrétiser l'espace de liberté, de sécurité et de justice mis en œuvre dans le cadre du Traité de Lisbonne. Visant à remplacer

Actualité pénale

l'extradition, il constitue « la pierre angulaire » du principe de reconnaissance mutuelle de la coopération judiciaire. La CJUE a été saisie de deux questions préjudicielles qui ont été réunies au sein du même arrêt.

Dans la première affaire, le procureur de la République de Lyon a émis un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales, en exécution d'un mandat d'arrêt national, à l'encontre d'une personne soupçonnée de participation à des infractions liées à une organisation criminelle. Cette dernière a été arrêtée au Luxembourg et a demandé la nullité du mandat d'arrêt européen en soutenant que les magistrats du Parquet en France ne sauraient être qualifiés d'autorité judiciaire d'émission. La Cour d'appel saisie a décidé de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la CJUE pour savoir si le ministère public français peut être considéré comme autorité judiciaire autonome dans l'hypothèse dans laquelle il est, à la fois, chargé de contrôler le respect des conditions nécessaires à l'émission du MAE et son caractère proportionné eu égard aux circonstances du dossier répressif et d'exercer les poursuites pénales dans la même affaire.

Dans la seconde affaire, le procureur de la République de Tours a émis un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales à l'encontre d'une personne soupçonnée d'avoir participé à une attaque à main armée. Cette dernière a été arrêtée aux Pays-Bas. La juridiction néerlandaise décide de surseoir à statuer et de poser deux questions préjudicielles relatives au ministère public français à la CJUE. D'une part, le procureur qui participe à l'administration de la justice dans l'État membre d'émission peut-il être qualifié d'autorité judiciaire d'émission si, préalablement à la décision effective d'émettre le mandat, un juge a apprécié les conditions

Actualité pénale

d'émission du mandat d'arrêt européen et, notamment, sa proportionnalité ? D'autre part, la juridiction pose une question subsidiaire : dans l'hypothèse dans laquelle la première réponse serait négative, la décision du procureur doit-elle faire l'objet d'un recours juridictionnel ?

La CJUE décide de réunir ces questions et observations. D'une part, les magistrats du Parquet d'un État membre, chargés de l'action publique et placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, peuvent-ils être considérés comme autorité judiciaire d'émission au sens de l'article 6 de la décision-cadre 2002/584 ? D'autre part, l'exigence du contrôle du respect des conditions nécessaires à l'émission d'un mandat d'arrêt européen, notamment son caractère proportionné, est-elle satisfaite lorsque, dans l'État membre d'émission, un juge exerce ce contrôle et examine le caractère proportionné de la décision d'émettre un mandat d'arrêt européen avant son adoption ? Enfin, à défaut d'un tel contrôle préalable, la condition est-elle remplie lorsque ce recours est exercé après la remise effective de la personne ?

L'avocat général Manuel Campos Sánchez-Bordona a rendu des conclusions considérant que le ministère public ne peut pas être qualifié d'« autorité judiciaire d'émission » si ses membres, lorsqu'ils décident d'émettre un mandat d'arrêt européen, doivent se conformer aux instructions générales de politique pénale émises par le ministre de la Justice et contraignantes pour ce type de mandat ainsi qu'aux instructions de leurs supérieurs hiérarchiques. Il s'appuie sur deux arguments. D'une part, le fait que, même si depuis 2014, le ministère public français n'est plus soumis aux éventuelles

Actualité pénale

instructions individuelles du pouvoir exécutif, le ministre de la Justice peut continuer à lui donner des instructions générales. D'autre part, la structure hiérarchique caractéristique du Parquet suppose une subordination à des supérieurs hiérarchiques. Si la Cour prend en considération essentiellement la possibilité qu'il soit exposé à d'éventuelles instructions individuelles du pouvoir exécutif, l'avocat général, dans le sillage de l'arrêt du 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality* (Défaillances du système judiciaire), considère que l'indépendance de l'autorité qui émet le mandat d'arrêt européen suppose que cette autorité exerce ses fonctions en toute autonomie, « sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit ». Ainsi, elle ne doit recevoir d'instructions, ni individuelles, ni générales, doit être libre de tout lien hiérarchique ou de subordination et doit être soumise seulement à la loi. Selon l'avocat général, ce qui a permis au procureur général de Lituanie d'être considéré comme autorité judiciaire d'émission est la garantie constitutionnelle de son indépendance. Mais, de façon contraire, pour ne pas dire contradictoire, il estime que le ministère public français ne peut être considéré comme autorité judiciaire d'émission si ses membres, lorsqu'ils décident d'émettre un mandat d'arrêt européen, doivent se conformer aux instructions générales de politique pénale émises par le ministre de la Justice et contraignantes pour ce type de mandat ainsi qu'aux instructions de leurs supérieurs hiérarchiques.

Allant à l'encontre des conclusions de son avocat général, la CJUE donne un satisfecit au droit français après un examen minutieux des textes applicables. Le droit européen applicable s'appuie sur la

Actualité pénale

décision-cadre 2002/584 qui définit le mandat d'arrêt européen et en détermine le régime juridique. Le droit français mobilise la Constitution, article 64, l'ordonnance n° 58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 5, le Code de procédure pénale, articles 30, 31, 36, 122, 131, 170, 695-16. La Cour formule un certain nombre d'observations liminaires qui renforcent le caractère solennel de sa décision et tendent à lui assurer une valeur de décision de principe. Les règles applicables servent et s'inscrivent dans le cadre du soutien et du renforcement du principe de confiance mutuelle, fondement de l'espace sans frontières intérieures, dont le mandat d'arrêt européen est un instrument important, mais s'inscrivant parmi d'autres tendant à la reconnaissance mutuelle des décisions. À ce titre, il doit respecter les droits fondamentaux et la Cour revient sur les deux points essentiels soulevés par les questions préjudicielles.

La première question, essentielle pour les espèces étudiées mais aussi dans le cadre de la réflexion globale sur le statut du Parquet, le ministère public français peut-il être considéré comme autorité judiciaire d'émission ? Il convient de rappeler que la notion d'autorité judiciaire est une notion autonome, faisant l'objet d'une interprétation uniforme par la CJUE se détachant des applications nationales, même si les États membres restent libres de la désigner dans le cadre de la procédure interne mise en œuvre. Ainsi, au sens de la jurisprudence européenne, l'autorité judiciaire d'émission englobe les autorités d'un État membre « qui, sans nécessairement être des juges ou des juridictions, participent à l'administration de la justice pénale de cet État membre et agissent de manière indépendante dans l'exercice des fonctions inhérentes à l'émission

Actualité pénale

d'un mandat d'arrêt européen, ladite indépendance exigeant qu'il existe des règles statutaires et organisationnelles propres à garantir que l'autorité judiciaire d'émission ne soit pas exposée, dans le cadre de l'adoption d'une décision d'émettre un tel mandat d'arrêt, à un quelconque risque d'être soumise notamment à une instruction individuelle de la part du pouvoir exécutif ».

Le ministère public français remplit, sans aucune contestation possible, la première condition, car il participe à l'administration de la justice. Pour l'appréciation de son indépendance, la deuxième condition, la Cour note que la Constitution garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire qui est composée des magistrats du siège et des magistrats du Parquet. Le Code de procédure pénale laisse la possibilité au ministre de la Justice d'adresser des instructions générales de politique criminelle, mais fait obstacle à toute instruction individuelle, ne pouvant pas, dès lors, l'empêcher d'apprécier librement le caractère proportionné du mandat européen. De surcroît, le ministère public exerce l'action publique en toute impartialité.

La CJUE décide « les magistrats du parquet disposent du pouvoir d'apprécier de manière indépendante, notamment par rapport au pouvoir exécutif, la nécessité et le caractère proportionné de l'émission d'un mandat d'arrêt européen et exercent ce pouvoir de manière objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge ».

La Cour ajoute deux remarques supplémentaires qui permettent d'affiner l'appréciation du statut du procureur, précisent sa jurisprudence de mai 2019 et répondent directement aux conclusions de l'avocat général. L'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire s'interprète strictement puisqu'elle exclut des

Actualité pénale

instructions extérieures au pouvoir judiciaire, mais « ne prohibe pas les instructions internes qui peuvent être données aux magistrats du parquet par leurs supérieurs hiérarchiques, eux-mêmes magistrats du parquet, sur la base du lien de subordination qui régit le fonctionnement du ministère public ». La deuxième remarque est aussi inscrite par la Cour sous le signe de l'indépendance, mais elle est, en réalité, relative à l'impartialité. Le fait d'exercer l'action publique ne met pas en cause l'appartenance du parquet à l'autorité judiciaire qui ne vise pas seulement les juges ou les juridictions d'un État membre. La CJUE a déjà pu reconnaître cette qualité au procureur général de Lituanie « pourvu que son statut lui confère une garantie d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen ».

Sortant de l'appréciation des espèces soumises, la CJUE propose une définition générale de l'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen au sens de la décision-cadre de 2002 qui comprend « les magistrats du parquet d'un État membre, chargés de l'action publique et placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, dès lors que leur statut leur confère une garantie d'indépendance, notamment par rapport au pouvoir exécutif, dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen ».

La deuxième question porte sur le droit à une protection juridictionnelle effective. Le mandat d'arrêt européen bénéficie, en principe, d'une protection à un double niveau, puisque la protection suscitée lors de l'émission du mandat d'arrêt européen s'ajoute à celle suscitée par l'émission du mandat d'arrêt national. La CJUE a jugé, dans ses arrêts du 27 mai 2019, qu'il était nécessaire qu'un contrôle relatif à « une protection juridictionnelle effective soit

Actualité pénale

adoptée, à tout le moins, à l'un des deux niveaux de ladite protection ». Le second niveau de protection des droits de la personne concernée suppose que l'autorité judiciaire d'émission contrôle le respect des conditions nécessaires de façon objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge, sans instructions extérieures, et vérifie plus particulièrement son caractère proportionné. Si la Cour réaffirme le principe de protection juridictionnelle effective, elle rappelle son appréciation constante en la matière selon laquelle « l'instauration d'un droit de recours distinct contre la décision d'émettre un mandat d'arrêt européen prise par une autorité judiciaire autre qu'une juridiction ne constitue qu'une possibilité à cet égard ». En France, l'émission d'un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales procède nécessairement d'un mandat d'arrêt national décerné par une juridiction, généralement le juge d'instruction. Il y a ainsi une concomitance de la décision d'émettre un mandat d'arrêt national émanant de la juridiction et de la décision d'émettre un mandat d'arrêt européen émanant du ministère public, opérant une appréciation des conditions d'émission et de son caractère proportionné. De plus, la décision d'émission d'un mandat d'arrêt européen peut faire l'objet d'une action en nullité sur le fondement de l'article 170 du Code de procédure pénale, action qui est ouverte aussi longtemps que dure la procédure pénale. Par voie de conséquence, si la personne est partie à la procédure, elle peut exercer cette action au moment de l'émission du mandat d'arrêt européen. Si elle n'est pas partie à la procédure, elle peut exercer son action en nullité après sa remise effective, lors de sa comparution devant le juge. Selon l'appréciation de la CJUE, l'ensemble de cet édifice procédural « met en évidence que le

Actualité pénale

caractère proportionné de la décision du ministère public d'émettre un mandat d'arrêt européen peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel préalable, voire quasi concomitant à son émission, et, en toute hypothèse, après l'émission du mandat d'arrêt européen, cet examen pouvant alors intervenir, selon le cas, avant ou après la remise effective de la personne recherchée ». Forte de ces arguments, la Cour peut ainsi affirmer que la condition de protection juridictionnelle effective dont doit bénéficier une personne visée par un mandat d'arrêt européen est remplie « dès lors que, selon la législation de l'État membre d'émission, les conditions de délivrance de ce mandat et notamment son caractère proportionné font l'objet d'un contrôle juridictionnel dans cet Etat membre ».

La décision de la Cour de justice de l'Union européenne est importante dans le contexte chargé relatif au statut du ministère public à la française. Les arrêts Medvedyev et Moulin de la Cour européenne des droits de l'Homme, les réformes effectuées, envisagées ou avortées du statut du Parquet, la doctrine polémique sur ces questions permettent de prévoir que la question rebondisse dans les mois ou les années à venir...

LOYAUTÉ DE LA PREUVE

Assemblée plénière, 9 décembre 2019, n° 18-86767, publ. Bull. à venir

L'Assemblée plénière a rendu un arrêt intéressant relatif à la loyauté de la preuve dans une affaire largement médiatisée

Actualité pénale

touchant au milieu du football professionnel et portant sur un chantage à la sextape.

Une personne est approchée par un individu prétendant détenir un enregistrement audiovisuel à caractère sexuel dans lequel il apparaît. S'estimant victime d'une tentative de chantage, il dépose plainte. Un officier de police judiciaire, autorisé par le procureur de la République à se faire passer dans les négociations pour l'homme de confiance du plaignant, a, en usant du pseudonyme « Lukas », eu plusieurs échanges téléphoniques avec une personne se présentant comme l'intermédiaire des malfaiteurs. L'enregistrement est utilisé dans le cadre de l'enquête et de l'information préalable ouverte des chefs de tentative de chantage et d'association de malfaiteurs. Plusieurs mis en examen, s'estimant lésés par l'intervention du policier, demandent l'annulation des actes. La chambre de l'instruction refuse, mais son arrêt est cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation pour violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La chambre de l'instruction de renvoi, s'inscrivant dans la même analyse que les premiers juges d'instruction saisis, résiste et maintient la validité des pièces de procédure. L'assemblée plénière de la Cour de cassation est saisie du nouveau pourvoi articulé principalement autour de deux griefs tenant au principe de loyauté de la preuve, sans évoquer les moyens irrecevables ou tenant à la présomption d'innocence qui relève plus de la rhétorique que du droit. Les questions de droit sont relatives au principe de loyauté des preuves en droit pénal, notamment en cas d'utilisation de stratagèmes émanant d'agents de l'autorité publique et, plus particulièrement, de la sempiternelle question de la distinction

Actualité pénale

entre la provocation à l'infraction et la provocation à la preuve de l'infraction.

La procédure pénale française est régie par le principe de la liberté des preuves. En vertu de l'article 427 du Code de procédure pénale, « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». Si l'article pose une limite dans son deuxième alinéa quant au mode de production des preuves, « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui », la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDH) et l'article préliminaire du Code de procédure pénale ajoutent deux limites. La première est issue de la lettre même des textes et tient à la légalité de la preuve. La seconde est formulée par la jurisprudence et repose sur la loyauté de la preuve. La note explicative accompagnant l'arrêt rappelle que « de manière constante, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve en matière pénale, qui ne trouve pas à s'appliquer lorsque des preuves sont produites en justice par des personnes privées, s'impose aux autorités publiques chargées de l'instruction et des poursuites » de sorte que « le recours à la ruse ou à un stratagème, par un représentant de l'autorité publique, est déloyal s'il a pour objet ou effet de pousser à la commission de l'infraction qui, sans cela, n'aurait pas été commise ». Afin de déterminer la validité d'une preuve, il convient d'opérer deux distinctions. La première porte sur l'origine de la preuve. La preuve déloyale émanant d'une partie privée, le plus souvent la partie civile, est admise, alors que cette

Actualité pénale

même preuve émanant d'agents publics doit être refusée. La seconde porte sur le caractère de la preuve déterminé par le degré d'implication de l'agent dans le processus infractionnel. La provocation à la commission de l'infraction par l'agent est considérée comme une preuve déloyale, alors que le simple fait de constater la preuve de la commission de l'infraction, sans aucune forme d'incitation ou de participation, est admise. Par une jurisprudence constante, la « provocation policière » est admissible lorsqu'elle n'a pas pour effet de déterminer les agissements délictueux mais seulement d'en révéler l'existence, afin d'en permettre la constatation ou d'en arrêter la continuation, depuis un arrêt du 9 août 2006 (Bull. n° 202).

En l'espèce, la deuxième branche du moyen, même si elle est examinée en premier lieu par l'Assemblée plénière, porte sur la provocation à l'infraction. Pour dire que l'intervention de l'enquêteur n'avait en aucune manière provoqué à la commission de l'infraction, la chambre de l'instruction avait analysé en détail les actes accomplis par les personnes mises en cause avant même que le policier n'intervienne comme intermédiaire et en avait conclu que ces actes, liés de manière indivisible aux actes postérieurs, étaient constitutifs d'une tentative de chantage préexistant à ladite intervention. Le pourvoi critique cette appréciation en soutenant qu'en « vertu du principe de loyauté de la preuve, toute provocation à la commission d'une infraction est prohibée ».

Si l'Assemblée plénière écarte le moyen, elle saisit l'occasion de rappeler le principe selon lequel « constitue une violation du principe de loyauté de la preuve toute provocation à la commission de l'infraction de la part des agents de l'autorité publique ». Néanmoins, elle rappelle les éléments retenus par les juges

Actualité pénale

d'instruction aboutissant à démontrer que « le policier qui a tenu un rôle d'intermédiaire s'est inséré dans un processus infractionnel indivisible caractérisant une entreprise de chantage et n'a en aucune manière provoqué à la commission de l'infraction ». L'assemblée plénière reprend ici la distinction classique entre « provocation à la preuve de l'infraction », admise, et « provocation à l'infraction », interdite. Puisque le policier est intervenu dans le cadre de la preuve d'une tentative de chantage, il ne pouvait pas avoir provoqué à la commission de l'infraction. En effet, cette dernière était en cours de commission, puisque le commencement d'exécution était caractérisé et que la multitude d'actes effectués démontraient l'absence de désistement volontaire.

Cette distinction s'inspire de la méfiance des juges à l'égard des stratagèmes qui peuvent rompre l'équilibre de la procédure. Le recours à la ruse ou à un stratagème par un membre de l'autorité publique, ayant pour objet d'inciter à commettre une infraction pour ensuite la reprocher à celui qui l'a commise, est un procédé déloyal.

La première branche du moyen, examiné pourtant en second lieu par la Cour de cassation, porte sur l'usage d'un stratagème prétendument déloyal.

Si les juges admettent l'intervention des agents publics dans l'administration de la preuve, c'est à condition que la loyauté de la preuve soit préservée et qu'il n'y ait pas de contournement ou de détournement de la procédure pour recueillir une preuve. La nature des actes des enquêteurs apparaît ainsi déterminante dans la qualification du procédé utilisé, au regard du principe de loyauté des preuves. Dans sa note explicative accompagnant l'arrêt, la Cour de cassation rappelle les deux arrêts récents qui avaient renouvelé

Actualité pénale

l'appréciation de la loyauté de la preuve. Dans un arrêt du 6 mars 2015, l'Assemblée plénière avait considéré que le placement, au cours d'une mesure de garde à vue et durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës, préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constituait un procédé déloyal d'enquête qui avait mis en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et, ainsi, avait porté atteinte au droit à un procès équitable. L'arrêt du 10 novembre 2017, rendu dans « l'affaire du roi du Maroc », avait admis l'intervention de policiers pour organiser des surveillances de nature à confirmer ou infirmer les dires du plaignant et, si nécessaire, interpellier les auteurs. Les remises aux enquêteurs à bref délai des enregistrements réalisés par le représentant du plaignant et leur transcription par les enquêteurs étaient dépourvus de toute portée quant au rôle actif susceptible d'être prêté à ces derniers et que « le seul reproche d'un "laisser faire" des policiers, dont le rôle n'avait été que passif, ne pouvait suffire à caractériser un acte constitutif d'une véritable implication ». Ainsi que le rappelle l'Assemblée plénière, aussi bien dans son arrêt de 2017 que dans la note explicative accompagnant son arrêt de 2019, « la nature des actes des enquêteurs apparaît ainsi déterminante dans la qualification du procédé utilisé, au regard du principe de loyauté des preuves ».

Le pourvoi critiquait l'arrêt de la chambre de l'instruction en considérant que « porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de la force publique ». L'Assemblée plénière le rejette et en profite pour récapituler les règles fondamentales en

Actualité pénale

matière de loyauté de la preuve émanant d'un agent public.

« Le stratagème employé par un agent de l'autorité publique pour la constatation d'une infraction ou l'identification de ses auteurs ne constitue pas en soi une atteinte au principe de loyauté de la preuve ». Le principe de loyauté de la preuve ne proscrie pas, par principe, l'utilisation de stratagème de la part des agents, ce qui est apparent dans la loi (pour prendre l'exemple le plus évident, les infiltrations policières) ou dans la jurisprudence (l'admission de la provocation à la preuve de l'infraction).

« Seul est proscrie le stratagème qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie ». En revanche, ce stratagème devient interdit lorsqu'il porte atteinte aux droits de la personne poursuivie.

La phrase semble se décomposer en plusieurs situations juridiques. Le contournement de la procédure se traduit par un évitement de l'application des règles normales, alors que le détournement correspond à une situation de soustraction volontaire aux règles applicables. Le stratagème utilisé correspond à la fois à une situation matérielle ou formelle. Soit l'objectif du stratagème a été de s'abstraire des règles de procédure, dans ce cas, il importe peu que le résultat ait été obtenu ou non. Soit l'utilisation même du stratagème a vicié la procédure, sans que ce résultat soit recherché. Que le résultat soit effectif ou simplement éventuel, il marque la procédure d'un défaut qui la rend inacceptable.

La Cour de cassation considère que ce n'est pas tant le moyen lui-même qui est remis en cause, mais les effets sur la situation

Actualité pénale

juridique. S'il crée un déséquilibre qui nuit à l'individu mis en cause, la procédure pénale se charge de rétablir l'équilibre en déclenchant la nullité des preuves fondées sur le principe de loyauté. Ce qui demande un effort de la part de la personne s'en prévalant qui doit démontrer l'atteinte portée à ses droits. En son absence, l'utilisation du stratagème ne produit pas d'effet juridique et la procédure pénale se trouve validée.

L'Assemblée plénière rejette le pourvoi sans apprécier le caractère déloyal ou non du stratagème employé. Mais elle constate que le pourvoi se contente d'invoquer le procédé déloyal « sans démontrer ni même alléguer une atteinte à l'un de leurs droits », ce qui ne lui permet pas d'en obtenir l'annulation. La déloyauté n'est donc pas un motif de nullité en soi, mais un motif de nullité relative conditionnée par l'atteinte aux droits essentiels de la personne poursuivie.

BRÈVES

INTERDICTION GÉNÉRALE DE PROCÉDER À LA CAPTATION OU À L'ENREGISTREMENT DES AUDIENCES DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES OU JUDICIAIRES

Conseil constitutionnel, 2019-807 QPC 6 décembre 2019

Après avoir été condamné pour avoir publié des photos du procès Merah, un journal a posé une question prioritaire de constitutionnalité critiquant l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse. Ce dernier interdit, dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de

Actualité pénale

transmettre la parole ou l'image. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction. Toutefois, sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vues quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que les parties ou leurs représentants et le ministère public y consentent. Les mêmes peines sont applicables à la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu en violation des dispositions du présent article. La question prioritaire de constitutionnalité critique le caractère général de cette interdiction afin de tenir compte de la liberté d'expression des journalistes et du « droit du public de recevoir des informations d'intérêt général », ce qui constitue une méconnaissance de la liberté d'expression et de communication. Le Conseil constitutionnel écarte ces critiques.

L'interdiction instaurée par la loi de 1881 garantit la sérénité des débats vis-à-vis des risques de perturbations liés à l'utilisation de ces appareils, préservant l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, et prévient « les atteintes que la diffusion des images ou des enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, à la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, à la présomption d'innocence de la personne poursuivie ». Si l'évolution technologique permet de limiter les perturbations liées à l'enregistrement, l'évolution des moyens de communication leur confère une diffusion large amplifiant les risques précités. Enfin, l'interdiction n'est pas absolue, car des exceptions sont possibles, « ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les

Actualité pénale

journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement ». Certains commentateurs voient dans cette formule la reconnaissance implicite, mais claire, de la légalité des *live-tweets*, permettant aux personnes présentes à l'audience d'en rendre compte en direct et en temps réel.

Par voie de conséquence, « l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis » et l'article 38 ter de la loi de 1881 est considéré comme étant constitutionnel.

PREUVE – PERMIS DE CONDUIRE

Crim. 26 novembre 2019, n° 19-80597, publ. Bull. à venir

Un individu a fait l'objet d'un contrôle routier banal alors qu'il conduisait un véhicule. Il a présenté une carte de séjour de 10 ans de 2016 et un permis de conduire établi par le Rwanda en 2002. Il a été poursuivi du chef de conduite sans permis. Il est relaxé par le tribunal correctionnel dont l'analyse est approuvée par les juges du fond. La Chambre criminelle casse l'arrêt en apportant des précisions utiles sur la preuve du permis de conduire délivré par un autre État que la France.

En premier lieu, les juges constatent que l'individu a légalement obtenu son permis au Rwanda, État dans lequel il résidait à l'époque de son obtention, et que ce permis était rédigé en français et en cours de validité, puisqu'il n'était pas établi qu'il ait fait l'objet d'une mesure de suspension, de retrait ou d'annulation. Par ailleurs, le

Actualité pénale

contrôle a été opéré le 1^{er} mars 2016, alors que son titre de séjour avait été obtenu le 12 janvier 2016. Il se trouvait ainsi dans le délai d'un an suivant l'acquisition de sa résidence normale en France, délai pendant lequel il peut demander la reconnaissance du permis étranger. Pendant ce délai, son permis rwandais est considéré comme valable en France, peu importe qu'il n'existe pas d'accord de réciprocité entre la France et le Rwanda, puisque cela ne constitue pas une condition de la procédure de reconnaissance. La Cour de cassation approuve cette analyse en décidant que « le titulaire d'un permis de conduire délivré par un État étranger n'appartenant ni à l'Union européenne, ni à l'espace économique européen, peut, en vertu de l'article 2 de l'arrêté susvisé, voir ce permis reconnu sur le territoire français jusqu'à l'expiration d'un délai d'un an suivant l'acquisition de sa résidence normale en France s'il satisfait aux exigences de l'article 3, nonobstant l'impossibilité pour lui d'obtenir, dans ce délai, l'échange de son permis étranger contre un permis français ».

En deuxième lieu, la Cour de cassation décide de prononcer tout de même la cassation de l'arrêt en se fondant sur un motif de procédure pénale. Pour prononcer la validité du permis, les juges du fond se sont appuyés sur la photocopie du permis de conduire annexée au dossier. Or, la Cour de cassation rappelle que « la seule production de la photocopie du permis de conduire ne pouvait suffire à établir son existence », les juges doivent procéder à des investigations complémentaires « aux fins de production de l'original ou de vérification de la réalité de ce titre ».

L'arrêt est intéressant à ce titre, car il rappelle que la seule production de la photocopie du permis de conduire étranger ne suffit pas à prouver son existence ou sa validité, seule la production

Actualité pénale

de l'original du titre produit un effet probatoire.

PERQUISITIONS ET SAISIES EN DROIT DU TRAVAIL – INCONVENTIONNALITÉ

Crim. 10 décembre 2019, n° 18-85833, publ. Bull. à venir

Le syndicat, ainsi que le comité d'entreprise d'une société de transport française, ont porté plainte pour prêt illicite de main-d'œuvre, marchandage et travail dissimulé. L'enquête a été confiée à l'office central de lutte contre le travail illégal et à la gendarmerie. En 2012, sur réquisitions du ministère public, les présidents des tribunaux de grande instance territorialement compétents ont autorisé des perquisitions et saisies de pièces à conviction, sur le fondement de l'article L. 8271-13 du Code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010, en vue de la recherche et de la constatation des infractions dénoncées. Selon ce dernier, « dans le cadre des enquêtes préliminaires diligentées pour la recherche et la constatation des infractions aux interdictions de travail dissimulé, les officiers de police judiciaire assistés, le cas échéant, des agents de police judiciaire, peuvent, sur ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par lui, rendue sur réquisitions du procureur de la République, procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail relevant des articles L. 4111-1 », donc aux employeurs de droit privé et de droit public. En 2015, le tribunal correctionnel a accueilli l'exception d'inconventionnalité de l'article L. 8271-13 du Code du travail soulevée par les prévenus, annulé un

Actualité pénale

certain nombre d'actes de la procédure subséquents aux ordonnances prises en application de cet article ayant autorisé des perquisitions et saisies de pièces à conviction. En statuant au fond, en 2016, le tribunal a renvoyé les prévenus des fins de la poursuite et déclaré les constitutions de partie civile irrecevables. La Cour d'appel a confirmé cette analyse. Le procureur général près la Cour d'appel a formé un pourvoi en cassation dont le moyen sur l'inconventionnalité des perquisitions et saisies retient l'attention.

Les juges du fond ont accueilli l'exception d'inconventionnalité de l'article L. 8271-13 du Code du travail, se basant essentiellement sur deux motifs – d'une part, l'absence d'un recours effectif, ce qui engendre, d'autre part, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Si la Chambre criminelle approuve l'analyse du procureur général, elle rejette cependant le pourvoi.

Les juges du fond ont appuyé leur appréciation de l'absence de recours effectif sur le fait « que la possibilité pour un justiciable d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la régularité de l'ordonnance et de ses mesures d'exécution est subordonnée à la mise en œuvre préalable, à son encontre, de poursuites, essentiellement par le ministère public », tout en constatant, qu'en l'espèce, le recours était intervenu trois ans après les opérations contestées, perdant de ce fait son caractère effectif. La Cour de cassation corrige l'appréciation de cette condition en rappelant que « la circonstance que la décision du président du tribunal de grande instance autorisant des perquisitions et saisies de pièces à conviction ne soit pas susceptible d'appel immédiat ne prive pas d'un recours effectif la personne poursuivie, qui est en droit, après

Actualité pénale

l'enquête, devant la juridiction de fond saisie directement par le ministère public, d'en invoquer la nullité ainsi que celle des opérations subséquentes conformément à l'article 385 du code de procédure pénale ». Le deuxième motif d'inconventionnalité suffit pour entacher irrémédiablement la procédure mise en œuvre par le Code du travail. En effet, le texte ne prévoit pas le contrôle des opérations de perquisition et de saisie par le juge qui les a ordonnées et, en l'espèce « il n'est ni prétendu ni établi par les actes de la procédure d'enquête qu'un contrôle concret » aurait été effectué. Or, l'article 8 CSDHLF exige que « les opérations de perquisition et de saisie qui sont ordonnées par le juge doivent aussi être exécutées sous son contrôle effectif, lui permettant d'être informé de toute difficulté d'exécution, de se rendre sur les lieux et, le cas échéant, d'ordonner la suspension ou l'arrêt des mesures qu'il a autorisées et de s'assurer, ainsi, qu'elles sont justifiées et ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de la personne concernée ». Le pourvoi est rejeté, car la seconde condition de conventionnalité n'est pas remplie.

Les opérations de perquisition et de saisie doivent remplir une double condition. La première condition est objective et tient à l'existence d'un contrôle effectif. La seconde condition est subjective et tient à garantir l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale. L'une est la lettre de l'article 8, l'autre en est l'esprit. En tout état de cause, les deux conditions sont cumulatives et nullement alternatives. Ainsi, la Cour de cassation s'assure de leur respect à toutes deux afin de valider les actes d'investigation.

La décision de la Cour de cassation est importante et elle doit être

Actualité pénale

mise en rapport avec la décision du Conseil constitutionnel du 4 avril 2014 (2014-387 QPC) déclarant l'article L. 8271-13 du Code du travail inconstitutionnel, avec effet au 1^{er} janvier 2015. Ce dernier avait considéré « qu'en l'absence de mise en œuvre de l'action publique conduisant à la mise en cause d'une personne intéressée par une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie autorisées en application des dispositions contestées, aucune voie de droit ne permet à cette personne de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance ou son délégué et la régularité des opérations de visite domiciliaire, de perquisition ou de saisie mises en œuvre en application de cette autorisation ».

COMPÉTENCE DU JUGE PÉNAL EN MATIÈRE EUROPÉENNE

Crim. 18 décembre 2019, publ. Bull. à venir

À la suite d'une enquête menée conjointement par l'autorité judiciaire et le service de la concurrence et de la protection des consommateurs, une personne est poursuivie des chefs d'exploitation d'un cercle ou d'une maison de jeux sans déclaration préalable, omission de déclaration de recettes des jeux, exploitation d'un cercle ou d'une maison de jeux sans tenue d'un registre conforme et omission de paiement de l'impôt sur les spectacles, pour avoir organisé de manière irrégulière des loteries à titre commercial. Elle a soulevé plusieurs exceptions préjudicielles qui ont été déclarées irrecevables par les juges du fond au moyen de décisions couvertes par l'autorité de la chose jugée. Elle a aussi présenté à la formation civile une demande pour constater

Actualité pénale

l'incompatibilité entre certains articles du Code général des impôts et une directive européenne. La Chambre criminelle de la Cour de cassation saisit l'occasion pour rappeler qu'il « appartient au juge pénal d'apprécier la compatibilité de la loi nationale avec le droit de l'Union, sous réserve de l'application de l'article 267 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne relatif au recours en interprétation devant la Cour de justice de l'Union européenne ». Cependant, l'arrêt n'encourt pas la censure, car la Chambre criminelle peut s'assurer, à la lumière des dispositions européennes applicables, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, que les articles français litigieux sont conformes au droit européen.

COMPÉTENCE JUDICIAIRE – VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL

Crim. 10 décembre 2019, n° 19-80479

Un gendarme informe son médecin du fait qu'une enquête judiciaire relative aux infractions à la législation sur les stupéfiants visait son fils, lors d'une consultation. Le gendarme admet avoir consulté la procédure concernant ce mis en cause et avoir vérifié la teneur d'une communication téléphonique interceptée sur la centrale d'écoutes Foretec. Le fils est avisé par sa mère et en parle au téléphone à un tiers. Les lignes étant sous surveillance, des interceptions téléphoniques permettent d'enregistrer la conversation téléphonique. Le gendarme est cité devant le tribunal correctionnel pour violation de secret professionnel. Il oppose une exception d'incompétence rejetée par le tribunal, décision

Actualité pénale

confirmée par la Cour d'appel. La Cour de cassation rappelle les règles applicables en matière de compétence lors d'une infraction commise par un militaire, combinant les règles issues du Code de la défense et du Code de procédure pénale.

L'article L. 4123-10 du Code de la défense oblige l'État à accorder sa protection au militaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle et qui relèvent donc de la compétence des juridictions spécialisées en matière militaire. Ainsi, une faute détachable du service commise par le militaire hors du cadre de la mission de service qui lui est confiée relève de la compétence des juridictions de droit commun. En l'espèce, il était incontestable que la révélation des informations couvertes par le secret professionnel avait eu lieu au cours de conversations privées entre le prévenu et son médecin, en dehors de tout exercice du service de l'intéressé. La compétence penchait donc pour la juridiction judiciaire par les formations pénales de droit commun.

Selon l'article 697-1 du Code de procédure pénale, les juridictions pénales de droit commun ne sont compétentes pour connaître des infractions de droit commun commises par les militaires de la gendarmerie que lorsque ces infractions sont commises dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire ou à la police administrative. Or, en l'espèce, le gendarme avait révélé des informations confidentielles issues d'une enquête judiciaire à laquelle il ne participait pas. Il contestait dès lors avoir commis la violation du secret professionnel dans le cadre de l'exercice de ses fonctions relatives à la police judiciaire ou administrative pour relever de la compétence des juridictions de droit commun.

Pourtant, la Cour de cassation approuve l'analyse des juges du fond

Actualité pénale

et conforte la compétence des juridictions judiciaires, donc des formations pénales de droit commun. « La révélation d'informations couvertes par le secret de l'enquête, dont le prévenu a pu avoir connaissance à l'occasion de ses fonctions mais hors l'exercice de son service, comme ne participant pas à l'enquête, a eu lieu au cours de conversations privées entre le prévenu et son médecin, en dehors de tout exercice du service de l'intéressé ». La violation du secret professionnel est constituée, selon l'article 226-13 du Code pénal, par « révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Il était incontestable que l'information était confidentielle et que le gendarme était soumis au secret professionnel. Le délit est consommé par la révélation et nullement par la découverte de l'information. Si le gendarme a pris connaissance de l'information secrète dans le cadre de ses fonctions, la révélation est sortie de ce cadre, s'inscrivant dans un échange privé. L'interprétation stricte de la loi pénale permet aux juges de considérer leur compétence en raison des éléments constitutifs du délit, pas du contexte de commission de l'infraction. L'arrêt du 10 décembre 2019 permet aussi de constater que la qualification retenue en l'espèce est celle de la violation du secret professionnel et pas la violation du secret de l'enquête, difficile à appliquer et ayant totalement perdu sa force répressive ces dernières années. C'est aussi l'occasion pour la Cour de cassation de formuler une solution de principe claire en affirmant que « n'est pas commis dans l'exercice du service, le fait, pour un militaire, de révéler, dans un cadre privé, une information obtenue à l'occasion de ses fonctions, fût-ce par l'utilisation des moyens mis à sa disposition pour l'exercice de ses fonctions ».

Actualité pénale

PERMIS DE CONSTRUIRE

Crim. 3 décembre 2019, n° 18-86032, publ. Bull. à venir

Une personne a obtenu un permis de construire pour une maison comprenant deux logements distincts. Or, elle a fait construire trois logements distincts, chacun avec son entrée et des compteurs différents. Cette modification nécessitait la construction de 11 places de stationnement, non pas seulement 6, au regard du plan local d'urbanisme. Il a été poursuivi et condamné par le tribunal correctionnel pour infractions au Code de l'urbanisme et pour faux. La Cour d'appel a confirmé la culpabilité pour l'infraction d'exécution de travaux sans permis de construire, mais l'a aussi condamné pour la violation des règles du plan local d'urbanisme. Il forme un pourvoi en cassation qui ne rencontre pas le succès devant la Cour de cassation.

Les juges du fond l'ont condamné pour la violation des règles du Code de l'urbanisme ainsi que pour la violation des règles fixées par le plan local d'urbanisme (PLU). En ce qui concerne l'infraction d'exécution de travaux sans permis de construire, les juges ont justifié leur décision en considérant que « la modification affectait une construction qui n'avait pas encore été achevée conformément au permis de construire obtenu ». Mais de surcroît, le prévenu a construit seulement 6 places de stationnement, au lieu des 11 qui étaient imposés par le PLU. Il a donc été aussi déclaré coupable de délit d'exécution de travaux en violation du règlement du plan local d'urbanisme pour ne pas avoir réalisé onze places de stationnement. Les juges considèrent « que nonobstant l'absence d'autorisation de construire trois logements, le prévenu devait, « dès lors qu'il

Actualité pénale

construisait même irrégulièrement trois logements », réaliser onze places de stationnement ». La Cour de cassation approuve le cumul des deux qualifications en considérant que les éléments matériels de la violation du permis délivré et de celle de la violation du plan sont distincts. Il s'agit donc d'un cumul réel d'infractions caractérisées par des éléments constitutifs différents.

ERREUR DE DROIT

Crim. 17 décembre 2019, n° 18-86358, publ. Bull. à venir

Deux personnes sont condamnées pour chasse non autorisée en réunion, de nuit, avec usage d'un véhicule et port d'arme. Il leur est reproché d'avoir abattu deux cervidés à l'occasion d'une action de chasse organisée, de nuit, alors qu'elle s'étaient rendues avec leurs véhicules près des animaux qu'elles avaient éblouis avec les phares sur le territoire d'un domaine consacré à l'exploitation d'une chasse commerciale portant sur du gros gibier. Ils forment un pourvoi sur le fondement de l'article 122-3 du Code pénal en considérant qu'ils ont commis l'infraction sous l'emprise d'une erreur de droit, « la jurisprudence de la Cour de cassation, non remise en cause depuis 1984, étant en ce sens que la réglementation générale de la chasse n'est pas applicable dans une propriété » privée. La Cour de cassation rejette le moyen en consacrant une nouvelle fois une interprétation étroite de l'erreur de droit reposant autant sur des données objectives que subjectives. D'une part, elle reprend les qualités des condamnés « chasseurs depuis plus de vingt ans, [qui] ne sauraient affirmer sans une mauvaise foi évidente que la chasse de nuit est autorisée pour tout particulier sur ses propres terres, qui

Actualité pénale

plus est avec des engins motorisés », se fondant sur l'état d'esprit des individus. D'autre part, l'appréciation objective de cette infraction la conduit à rappeler la *ratio legis* puisque « cette interdiction est notamment commandée par des impératifs de sécurité pour les chasseurs et des considérations éthiques » et de préciser « que la gestion des espaces privés, qui peuvent être traversés par des espèces sauvages même lorsqu'ils sont clos, s'inscrit dans le cadre de la gestion cynégétique nationale et ne saurait échapper à toute réglementation ». Du point de vue formel, la Chambre criminelle relève que les chasseurs se sont prévalus de l'arrêt de 1984 pour la première fois devant la Cour de cassation, alors qu'ils ignoraient un arrêt du 22 mars 2005 qui affirmait le contraire...

DIFFAMATION ET RÉVÉLATION DE HARCÈLEMENT

Crim. 26 novembre 2019, n° 19-80360, publ. Bull. à venir

La salariée d'une association d'enseignement confessionnel a adressé un message électronique, dans lequel elle imputait des faits d'agression sexuelle, de harcèlement sexuel et moral au vice-président de l'association, à plusieurs personnes – le directeur général de l'association, l'inspecteur du travail, l'épouse et le fils de la personne mise en cause. Cette dernière a fait citer l'auteure du courriel du chef de diffamation publique envers un particulier devant le tribunal correctionnel qui l'a déclarée coupable, décision confirmée par la Cour d'appel. L'auteur du courriel a formé un pourvoi en cassation rejeté par la Cour de cassation, mais qui permet de noter une analyse intéressante des juges. Outre la contestation

Actualité pénale

de la régularité de la procédure de citation directe et de la spécificité de la diffamation, le pourvoi soutient que les salariés sont autorisés à dénoncer, auprès de leur employeur et des organes chargés de veiller à l'application des dispositions relatives au droit du travail, les agissements de harcèlement ou d'agression sexuelle, de sorte que cet acte ne peut être poursuivi au titre de la diffamation, sauf « lorsqu'il est établi par la partie poursuivante que le salarié avait connaissance, au moment de la dénonciation, de la fausseté des faits allégués ». En demandant à la salariée victime d'établir sa bonne foi, les juges ont inversé la charge de la preuve et violé le dispositif légal. Subsidiairement, la salariée n'avait pas à prouver la réalité de l'agression sexuelle, il lui suffisait de se prévaloir d'une base factuelle suffisante.

La Cour rejette toutes les critiques en considérant que les accusations portées peuvent constituer des « faits attentatoires à l'honneur et à la considération dès lors qu'ils sont susceptibles de constituer des délits et suffisamment précis pour faire l'objet d'un débat sur leur vérité ». Or, la salariée n'avait apporté aucun élément pouvant établir la réalité des infractions imputées. Ses affirmations pouvaient ainsi constituer une diffamation. La salariée pouvait bénéficier du régime spécial de la diffamation et s'exonérer de sa responsabilité pénale en utilisant deux moyens. D'une part, elle peut bénéficier de la permission de la loi, selon l'article 122-4, alinéa 1^{er} du Code pénal, l'autorisant à dénoncer de tels agissements auprès de l'employeur ou des autorités. Mais le fait d'avoir adressé le courriel à d'autres personnes en dehors de cette liste ne permet pas de bénéficier de l'exonération de responsabilité pénale. D'autre part, l'excuse de bonne foi peut soustraire la personne à la condamnation. L'absence de base factuelle suffisante ne permettait

Actualité pénale

pas à la salariée de bénéficiaire de la bonne foi, l'excluant de fait du champ de l'exonération de responsabilité pénale.

Police administrative

Elisabeth Rolin

Conseil d'État, Juge des référés n° 436700, 20 décembre 2019

Un enfant né après le rejet définitif de la demande d'asile présentée par ses parents peut présenter, en son nom et pour un motif qui lui est propre, une demande d'asile. En conséquence, l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) est tenu d'héberger l'enfant avec ses parents. L'enfant mineur peut également bénéficier de l'aide aux demandeurs d'asile (ADA) par l'intermédiaire de ses parents.

Les faits :

Mme Y., née en 1998, de nationalité tchadienne, est entrée en France le 23 mars 2017. Elle a donné naissance à un fils, le 14 juin 2017. Elle a formulé une demande d'asile le 29 août 2017 et a bénéficié d'un hébergement au sein du centre d'accueil des demandeurs d'asile de Blois à compter du 21 septembre 2017. M. S., conjoint de Mme Y. et père de son enfant, a également formulé une demande d'asile auprès de l'office français de protection des réfugiés et apatrides le 3 avril 2018. Il a pu bénéficier d'un logement au sein du même centre d'accueil des demandeurs d'asile à compter du mois de juin 2018. Le 12 mars 2019, la cour nationale du droit d'asile a rejeté la demande d'asile de M. Y et de M. S. En conséquence, ils ont dû quitter, le 1er juin 2019, l'hébergement dont ils bénéficiaient au sein du centre d'accueil des demandeurs d'asile de Blois et ont dormi dans la rue avec leur fils âgé de deux ans et

Police administrative

demi et leur fille née le 20 avril 2019. Dix jours plus tard, Mme Y. a formulé, au nom de sa fille, une demande d'asile le 30 avril 2019. Puis Mme Y. et M. S. ont demandé, au juge des référés, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, d'enjoindre sous astreinte à l'OFII de les admettre avec leurs enfants dans un lieu d'hébergement pour demandeurs d'asile, ou à titre subsidiaire, d'enjoindre au département de Loir-et-Cher ou au préfet du Loir-et-Cher de mettre à leur disposition un hébergement d'urgence.

Par une ordonnance du 29 novembre 2019, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans, qui avait été saisi le 26 novembre 2019 a, d'une part, enjoint à l'OFII de mettre à disposition de Mme Y., M. S. et de leurs deux enfants, un logement adapté et de rétablir le versement de l'allocation pour demandeur d'asile au nom de leur petite fille dans un délai de quarante-huit heures.

Par une requête, enregistrée le 13 décembre 2019, l'OFII a relevé appel de cette ordonnance en soutenant que la condition d'urgence n'était pas remplie et qu'il n'était pas porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile. Le juge des référés du Conseil d'État a rejeté cette requête le 20 décembre 2019 en confirmant la solution retenue par le juge des référés de première instance et en explicitant les règles de droit applicables aux demandeurs d'asile et à leurs enfants en ce qui concerne l'hébergement ou l'ADA.

Cet arrêt permet ainsi de revenir, d'une part, sur l'office du juge des référés « liberté » prévu à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative et de faire un point, d'autre part, sur la jurisprudence relative aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile.

Police administrative

I - L'office du juge des référés « liberté »

Aux termes de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative :
« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

À la différence du référé-suspension, le référé-liberté n'est pas obligatoirement associé à une requête au fond et notamment à une demande d'annulation, l'atteinte portée à une liberté fondamentale pouvant résulter tout aussi bien d'un agissement ou d'une carence que d'une décision de l'administration.

La condition d'urgence exigée par le référé-liberté est appréciée de manière plus restrictive que celle requise par le référé-suspension. À titre d'exemple, en l'absence de circonstances particulières, le refus d'un préfet de munir un étranger d'un titre provisoire de séjour sans délai et de statuer sur sa demande de séjour dans un délai raisonnable ne suffit pas à caractériser une situation d'urgence au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative¹.

Constituent notamment des libertés fondamentales au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir², le droit de mener une

Police administrative

vie familiale normale³, le droit au respect de la vie privée et familiale⁴, le droit d'asile et son corollaire, le droit de solliciter le statut de réfugié⁵, le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants⁶.

Enfin, il résulte tant des termes de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative que du but dans lequel la procédure qu'il instaure a été créée, que doit exister un rapport direct entre l'illégalité relevée à l'encontre de l'autorité administrative et la gravité de ses effets au regard de l'exercice de la liberté fondamentale en cause.

Au cas d'espèce, le Conseil d'État a confirmé l'analyse du juge des référés du Tribunal administratif d'Orléans, tant en ce qui concerne la condition de l'urgence que celle de l'atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile.

En effet, la condition de l'urgence prévue par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative est remplie, dès lors qu'il résulte de l'instruction que les parents déboutés du droit d'asile et leur deux enfants âgés de deux ans et demi et sept mois dormaient dans la rue depuis qu'ils avaient dû quitter, le 1^{er} juin 2019, l'hébergement dont ils bénéficiaient au sein du centre d'accueil des demandeurs d'asile de Blois. En outre, le Conseil d'État écarte comme étant sans

1. CE, 16 février 2004, n° 259679.

2. CE, ord. réf., 9 janvier 2001, n° 222928.

3. CE, 30 octobre 2001, Ministre de l'intérieur c/ Mme T. n° 238211.

4. CE, 31 mai 2016, n° 396848.

5. CE, ord. réf., 12 janvier 2001, Mme H, n° 229039 ; CE, ord. réf., 25 mars 2003, Ministre de l'intérieur c/ M. et Mme S. n° 255237.

6. CE, 27 juillet 2016, Département du Nord c/ M. B., n° 400055.

Police administrative

influence la circonstance que les parents ont refusé l'aide au retour volontaire qui aurait permis à la famille d'être hébergée, dès lors que la demande d'asile présentée pour leur petite fille née en avril 2019 était en cours d'examen.

Sur l'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge des référés, en première instance comme en appel, reprend un considérant de principe en rappelant que « si la privation du bénéfice des mesures prévues par la loi afin de garantir aux demandeurs d'asile des conditions matérielles d'accueil décentes, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande, est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit d'asile, le caractère grave et manifestement illégal d'une telle atteinte s'apprécie en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et de la situation du demandeur. Ainsi, le juge des référés, qui apprécie si les conditions prévues par l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont remplies à la date à laquelle il se prononce, ne peut faire usage des pouvoirs qu'il tient de cet article en adressant une injonction à l'administration que dans le cas où, d'une part, le comportement de celle-ci fait apparaître une méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit d'asile et où, d'autre part, il résulte de ce comportement des conséquences graves pour le demandeur d'asile, compte tenu notamment de son âge, de son état de santé ou de sa situation de famille. Il incombe au juge des référés d'apprécier, dans chaque situation, les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de santé et de la situation familiale de la personne intéressée. »

Police administrative

Mais le Conseil d'État se saisit également de ce litige pour compléter sa jurisprudence sur le droit applicable aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile.

II - Le contrôle des conditions matérielles d'accueil

Le dispositif national d'accueil a été modifié et complété par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie. Il est régi par les articles L. 744-1 à L. 744-10 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). La loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 dans son article 23 avait complété les dispositions sur les conditions d'accueil des demandeurs d'asile en transposant la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 du Parlement européen et du Conseil établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

L'intervention des États membres au titre des conditions matérielles d'accueil vise ainsi à éviter que les demandeurs d'asile et leurs enfants soient placés dans une situation de dénuement matériel extrême qui reviendrait à nier leur dignité. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans un arrêt rendu en grande chambre le 19 mars 2019 (*Jawo c/Allemagne*, aff. C-163/17 §76 et suivants) à propos de la mise en œuvre du règlement Dublin III, a apporté des précisions sur le seuil particulièrement élevé de gravité qui ne saurait couvrir des situations caractérisées même par une grande précarité ou une forte dégradation des conditions de vie de la personne concernée. La CJUE a également rappelé dans un autre arrêt de grande chambre du 11 novembre 2019, aff. C-233/18

Police administrative

Haqbin §50⁷, que l'obligation faite aux États de ne pas laisser sur leur territoire des demandeurs d'asile endurer des conditions de vie attentatoires à leur dignité est une obligation continue, qui dure aussi longtemps qu'il n'a pas été statué sur leur demande.

Quant au dispositif français complété par le décret n° 2018-1359 du 28 décembre 2018 pris pour l'application des dispositions législatives nouvelles, il a été contesté à plusieurs reprises devant le Conseil d'État au motif de son incompatibilité avec le droit de l'Union européenne.

Dans un arrêt du 31 juillet 2019⁸, le Conseil d'État a ainsi précisé qu'il résulte de l'article 20 de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 que, s'il est possible dans des cas exceptionnels et dûment justifiés de retirer les conditions matérielles d'accueil à un demandeur d'asile, d'une part, ce retrait ne peut intervenir qu'après examen de la situation particulière de la personne et être motivé ; d'autre part, l'intéressé doit pouvoir solliciter le rétablissement des conditions matérielles d'accueil lorsque le retrait a été fondé sur l'abandon du lieu de résidence sans information ou autorisation de l'autorité compétente, sur la méconnaissance de l'obligation de se présenter aux autorités ou de se rendre aux rendez-vous qu'elle fixe ou sur l'absence de réponse aux demandes d'information. Il suit de là qu'en créant des cas de refus et de retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil sans appréciation des circonstances

7. V. aussi CJUE, 27 février 2014, Sarici, C-73-19, §35.

8. CE, 2/7 CHR, 31 juillet 2019, Association la Cimade et autres, n° 428530-428564 qui sera publié.

Police administrative

particulières et en excluant, en cas de retrait, toute possibilité de rétablissement de ces conditions, les articles L. 744-7 et L. 744-8 du CESEDA, dans leur rédaction résultant de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, s'avèrent incompatibles avec les objectifs de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013. Par suite, ce raisonnement a conduit à l'annulation des dispositions des 12° et 14° de l'article 1er du décret n° 2018-1359 du 28 décembre 2018, pris pour l'application de ces dispositions législatives.

En revanche, dans un arrêt du 11 décembre 2019⁹, la même formation de jugement du Conseil d'État a rejeté les conclusions à fin d'annulation du décret n° 2018-426 du 31 mai 2018 portant diverses dispositions relatives à l'allocation de demandeur d'asile en relevant sa conformité au droit européen. Le décret dont la légalité était contestée fixe à 7,40 euros le montant additionnel de l'allocation et prévoit qu'il n'est pas versé au demandeur d'asile qui n'a pas manifesté le besoin d'hébergement ou qui a accès gratuitement à un hébergement ou à un logement. Les associations requérantes avaient obtenu l'annulation contentieuse de deux précédents décrets en tant qu'ils ne fixaient pas un montant journalier additionnel suffisant pour permettre aux demandeurs d'asile adultes ayant accepté une offre de prise en charge et auxquels aucune place d'hébergement ne peut être proposée sur le marché privé de la location¹⁰. C'est donc à la suite de ces jurisprudences que le juge des référés du Conseil d'État statue une nouvelle fois le 20 décembre 2019 sur les conditions matérielles des

9. CE, 2/7 CHR, 11 décembre 2019, Association la Cimade et autres, n° 422857.

Police administrative

demandeurs d'asile et de leurs enfants.

Au cas d'espèce, le raisonnement se fonde sur les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 741-1 du CESEDA qui prévoit que lorsque la demande d'asile est présentée par un étranger qui se trouve en France accompagné de ses enfants mineurs, la demande est regardée comme présentée en son nom et en celui de ses enfants. Lorsqu'il est statué sur la demande de chacun des parents, la décision accordant la protection la plus étendue est réputée prise également au bénéfice des enfants. Cette décision n'est pas opposable aux enfants qui établissent que la personne qui a présenté la demande n'était pas en droit de le faire.

Le juge des référés considère ainsi que le 2^e alinéa de l'article L. 741-1 du CESEDA ne fait pas obstacle à ce que les parents d'un enfant qui est né après que leur demande d'asile a été définitivement rejetée, présente, en son nom et pour un motif qui lui est propre, une demande. De plus, lorsque l'enfant est titulaire d'une attestation de demande d'asile et que ses parents ont accepté les conditions matérielles d'accueil, l'OFII est tenu, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur cette demande, d'héberger l'enfant avec ses parents ainsi que ses éventuels frères et sœurs mineurs, et de lui verser, par l'intermédiaire des parents, l'ADA.

Dans ces conditions, la petite fille, dont les parents ont déposé une

10. CE, 2/7 CHR, 23 décembre 2016, Association La Cimade et autres, n° 394819, T. pp 635-646-902 ; CE, 2/7 CHR, 17 janvier 2018, Association La Cimade et autres, n° 410280.

Police administrative

demande d'asile au motif qu'elle serait menacée d'excision en cas de retour dans leur pays d'origine, qui est donc titulaire d'une attestation de demandeur d'asile et dont ses parents ont demandé à ce qu'elle puisse bénéficier des conditions matérielles d'accueil, a droit à être hébergée avec ses parents et son frère et au versement de l'ADA par l'intermédiaire de ses parents.

Enfin, le juge des référés du Conseil d'État précise que les dispositions combinées des articles L. 744-9 et D. 744-18 du CESEDA, qui réservent le bénéfice de l'ADA aux personnes âgées de plus de dix-huit ans révolus, ne sont pas applicables à une telle hypothèse.

Par suite, l'OFII ne peut utilement invoquer, s'agissant de l'allocation pour demandeur d'asile, ni les dispositions combinées des articles L. 744-9 et D. 744-18 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui en réservent le bénéfice aux personnes âgées de plus de dix-huit ans révolus ni les aides financières prévues par les articles L. 222-2 et L. 222-3 du même Code, que le département verse, dans les conditions fixées par son règlement départemental d'aide sociale, aux parents ne disposant pas de ressources suffisantes pour assumer l'entretien de leur enfant. Au cas d'espèce, le juge des référés relève, en outre, que l'OFII n'établit ni même n'allègue que l'hébergement des intéressés serait impossible eu égard aux moyens dont il dispose.

Sur ce dernier point, l'analyse peut être comparée à celle de l'arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 2016, *Association La Cimade et*

Police administrative

*autres*¹¹ précité qui précise que l'exclusion du bénéfice de l'ADA des mineurs demandeurs d'asile privés de la protection de leur famille, qui sont pris en charge par l'aide sociale à l'enfance, ne méconnaît ni les objectifs de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 ni l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

11. CE, 2/7 CHR, 23 décembre 2016, Association La Cimade et autres, n° 394819, T. p. 635-646-902.

Xavier Latour

La contrainte et le droit

Un important colloque s'est tenu à l'École de gendarmerie de Dijon, le 26 novembre 2019.

Co-organisé par le CREOGN et la Faculté de droit de Dijon, il a permis de réfléchir aux « mutations du droit applicable à la contrainte ».

Le propos qui suit a permis à son auteur d'introduire la journée.

L'exercice de l'autorité ne se dissocie pas de celui de la contrainte pour que force reste à la loi.

Pourtant, les serviteurs de la loi, les forces publiques auxquelles renvoie l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme, ne confondent pas la contrainte et la violence. L'acte de force exercé sur un individu ne relève pas de l'arbitraire ou de l'acte gratuit. Il s'insère dans un environnement juridique conçu pour encadrer des situations factuelles dans leur diversité et leur complexité. La contrainte mise en œuvre par les forces publiques, particulièrement par les soldats de la loi que sont les gendarmes, ne vaut que par une combinaison entre légalité et légitimité.

La France a construit un cadre juridique très élaboré destiné à garantir « le juste exercice de la force » pour reprendre la formule du Monsieur Christian Vigouroux. Du bloc de constitutionnalité aux dispositions réglementaires, le droit tempère la contrainte pour la rendre compatible avec les libertés de l'individu.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Cette préoccupation a longtemps prévalu en matière de police judiciaire. La répression représente, en effet, le domaine de prédilection de l'exercice de la contrainte légitime. En règle générale, la commission d'une infraction pénale tend à susciter une réponse des forces de l'ordre. La violence illégitime appelle la violence légitime. L'interpellation, la légitime défense, la garde à vue, le rétablissement de l'ordre constituent autant de formes d'exercice de la contrainte justifiées par la volonté de rétablir la paix sociale.

Rien ne remet en cause ces façons traditionnelles d'appliquer la contrainte, sauf une intolérance de plus en plus grande de la société à un exercice perçu, à tort ou à raison, comme étant disproportionné. La force n'est pas condamnée en tant que telle, seul l'usage potentiellement abusif l'est. Cette allergie accentuée à la contrainte illégitime exerce en toute logique une influence sur le droit.

La vigilance de la société et la prudence de l'État s'inscrivent dans un contexte évolutif. Plusieurs facteurs expliquent de nouvelles façons d'apprécier la contrainte. Son inscription dans l'État de droit ne suffit plus à comprendre son environnement juridique.

Les gendarmes vivent, au quotidien, ses mutations. Elles concernent leurs missions et les moyens utilisés pour les exercer.

La distinction entre la police administrative et la police judiciaire a inspiré de belles pages de doctrine autant que de grands arrêts. Plus concrètement, la police administrative n'exclut évidemment pas la contrainte, mais le curseur se place plutôt au bas de l'échelle, sauf cas particulier. Les gendarmes savent cependant que la police administrative change, de même que son positionnement par

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

rapport à la police judiciaire. La volonté d'anticipation ou, en d'autres termes, la prévention, motive l'extension des prérogatives de police administrative qui deviennent de plus en plus contraignantes. Le terrorisme a bouleversé des esprits déjà fragilisés par des années de hausse d'une délinquance violente mal tolérée.

Dans le même temps, la contrainte suit les évolutions des moyens. Elle prend d'autres formes pour s'adapter à la société contemporaine totalement perméable aux technologies de communication et qui appellent, en retour, la mobilisation de technologies de sécurité. L'acte de force traditionnel ne disparaît évidemment pas. Il côtoie désormais d'autres façons pour les forces de l'ordre d'agir dans la sphère individuelle, à la fois d'une manière très intrusive, très contraignante, et très discrète.

Les gendarmes, détenteurs de la force, s'interrogent à juste titre sur les contours de la contrainte qui ne se limite plus à ses formes traditionnelles.

Ils sont confrontés à une extension significative des formes de contrainte (I), laquelle induit pour des praticiens du droit des interrogations sur leurs relations au contrôle juridictionnel (II).

I. L'extension significative des formes de contrainte

Paradoxalement, la contrainte ne diminue pas. La prégnance des libertés individuelles, les discours sur l'État de droit pourraient pourtant inciter à le penser. Plus subtilement, la contrainte tend, au

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

contraire, à prendre des formes plus acceptables et diverses. Tout en conservant une dimension matérielle, elle pénètre le champ de l'immatériel (A). Dans le même temps, elle devient préventive (B).

A. De la contrainte matérielle à la contrainte immatérielle

La contrainte matérielle, voire physique, exercée sur un individu connaît des évolutions régulières.

Le droit contraint la contrainte en l'enserrant dans des dispositifs toujours plus perfectionnés. Dans un subtil mélange de règles d'engagement, de recours à la technologie, de gestion des ressources humaines (formation), l'État entend domestiquer sa propre puissance. Il cherche à convaincre du bien-fondé de sa force en rendant son emploi transparent. L'introduction des caméras dans les salles de garde à vue ou dans les activités opérationnelles (caméras-piétons) relève de cette logique. Aux dérives supposées des contrôles d'identité ou des tirs d'armes non létales, l'État répond par la mise en images.

Alors que les moyens matériels au service de la contrainte se multiplient, des débats surprenants apparaissent. Des procédés *a priori* moins dangereux (armes non létales) sont plus critiqués que des armes létales, ce qui laisse les professionnels face à un choix cornélien : être victimes ou être auteurs de dommages graves.

Comme en réponse aux inquiétudes relatives à l'usage de la force pendant les opérations de maintien de l'ordre, des voix s'élèvent pour demander une évolution du cadre juridique plus favorable aux forces de l'ordre.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Les évolutions du droit applicable à l'usage des armes létales traduisent l'ambivalence de la société à l'égard de la violence. Après avoir été soumis à un droit différent de celui applicable au policier, le gendarme a intégré les exigences de la jurisprudence de la Cour de cassation. La volonté du juge n'était pas seulement de rapprocher le cadre juridique par souci de cohérence, mais de réduire les possibilités d'emploi de la force des militaires de la gendarmerie. Cette tendance à tenir la contrainte n'a été assouplie que par la menace terroriste et un degré élevé de violence contre les forces de l'ordre. Cela a conduit à l'actuelle rédaction de l'article L 435- 1 du Code de la sécurité intérieure (CSI).

À ces formes de contraintes matérielles s'ajoutent de plus en plus des manifestations d'une contrainte immatérielle.

Certes, la thématique n'est pas nouvelle. Les forces de sécurité pratiquent depuis longtemps des opérations de surveillance des communications. Pourtant, depuis quelques années, ce type de contrainte gagne en importance autant qu'en subtilité.

Elle se fait plus diffuse, plus discrète aussi, certains la qualifieraient de plus sournoise. Exercée dans un cadre judiciaire comme administratif, elle utilise les potentialités de la géolocalisation, de la surveillance en temps réel, des algorithmes, qui conduisent à des ingérences marquées dans la sphère privée. Le Livre 8 du CSI consacré aux techniques de renseignement en expose l'étendue, pour mieux en encadrer l'usage. La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 en a largement ouvert l'utilisation à la police judiciaire. S'il ne s'agit pas de forcer physiquement un individu, le droit a évolué pour permettre aux forces de sécurité de forcer les barrières de son intimité, plus seulement *a posteriori*, mais bien en temps réel, sans

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

obtenir l'aval d'un juge.

Dans un même ordre d'idées, le développement des menaces immatérielles a impliqué de substantielles évolutions. Le Code de procédure pénale et le Code de la défense offrent plusieurs illustrations des capacités accordées par le droit.

La contrainte se déploie dans une autre direction. Le droit met en évidence la montée en puissance d'une dimension préventive.

B. La montée en puissance de la contrainte préventive

De longue date, le droit administratif connaît le recours à la contrainte pour des motifs d'ordre public. L'hospitalisation d'office (« hospitalisation sous contrainte ») sur décision préfectorale (articles L 3213-1 et s. du Code de la santé publique), ou encore la rétention des étrangers en situation irrégulière (articles L 551-1 et s. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) illustrent, par exemple, cette situation. Même les contrôles d'identité peuvent être administratifs.

Ces prérogatives de police administrative se développent quand, parallèlement, le droit pénal prend une tournure anticipatrice.

La mise à distance du danger motive la prévention. En droit, l'application prolongée de 2015 à 2017 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état de l'urgence, combinée à son approfondissement législatif, a largement accentué le phénomène. La diversité des pouvoirs conférés aux forces de l'ordre traduit la volonté du législateur de les transformer en bras armé non de l'autorité

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

judiciaire, mais de l'autorité administrative.

En situation de crise, la contrainte devient multiforme. Certaines distinctions s'opacifient entre les pouvoirs de police administrative et de police judiciaire, en particulier en matière de perquisition. Dans un autre domaine, les assignations à résidence soulèvent l'inévitable question de l'atteinte à la liberté individuelle. Ce qui interroge, ce n'est pas tant l'existence de telles prérogatives que leur emploi. La contrainte a-t-elle toujours poursuivi les bonnes finalités, en l'espèce, la prévention du terrorisme ? A-t-elle donné les résultats attendus ? A-t-elle même été appliquée avec la cohérence souhaitable ?

La volonté de prendre un maximum de précautions se prolonge dans le droit commun. La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure confirme cette logique. Elle introduit, en effet, dans le droit commun, des dispositions auparavant applicables en état d'urgence, en particulier les périmètres de protection (article L 226-1 CSI), les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (articles L 228-1 et s. CSI), et les visites et saisies (articles L 229-1 et s. CSI).

Le terrorisme explique, encore, l'article L 225-1 du CSI sur le contrôle administratif des retours sur le territoire qui se distingue difficilement de l'article 113-13 du Code pénal. L'exercice de la contrainte exige de la mesure, il impose aussi de se plonger dans les arcanes d'un droit dont la contrepartie attendue est l'efficacité, et le risque redouté l'atteinte aux libertés.

Au-delà de la lutte contre le terrorisme, l'exercice d'une contrainte préventive paraît devenir une forme de réponse politique à une exigence sociale de sécurité que le droit vient organiser.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Plutôt que de devoir rétablir l'ordre autour ou dans les stades, la contrainte descend d'un cran pour privilégier les interdictions avec obligation de pointage. De la sorte, elle privilégie aussi un traitement individualisé. Une logique comparable a guidé le législateur lors du vote de la loi « anticasseurs ». La contrepartie de cette approche revient à renvoyer une forme de sanction dans le champ du droit administratif qui devient répressif. Sur ce terrain également, la différence entre les deux formes de police s'opacifie.

Les forces de sécurité savent bien que leurs actions sont scrutées. En application du principe de légalité, l'acte de force implique parfois de devoir rendre des comptes conformément à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme. Les interrogations relatives au contrôle juridictionnel prennent, dans ce contexte, un relief particulier.

II. Les interrogations relatives au contrôle juridictionnel de la contrainte

L'intervention du juge présente un intérêt majeur. Elle contribue à rendre la contrainte acceptable. Le juge en garantit la légalité, ce qui rassure les sujets de l'ordre. Par effet miroir, le juge participe à la légitimation de l'action des forces de sécurité. Les contrôles exercés tempèrent les relations entre les uns et les autres.

En France, les évolutions relatives à l'exercice de la contrainte s'apprécient au regard du dualisme juridictionnel d'une part (A) et, d'autre part, de l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme (B).

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

A. La contrainte au regard du dualisme juridictionnel

L'exercice de la contrainte indissociable de l'opacification de la frontière entre la police judiciaire et la police administrative complique, par voie de conséquence, l'identification du juge compétent.

La question dépasse de loin une approche organique. Elle renvoie à une philosophie, à une idée de droit. C'est toute une construction juridictionnelle qui est discutée pour déterminer comment protéger efficacement les libertés individuelles dont le contour même fluctue.

Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'abord enclin à les apprécier extensivement, avant de faire une lecture restrictive de l'article 66 de la Constitution.

Or, cela a facilité l'intervention du juge administratif dans le contrôle de la contrainte. S'il est bien un juge, c'est aussi un juge contesté dans sa façon d'agir (contrôle *a posteriori*), autant que dans son principe même. Ne serait-il pas trop sensible aux arguments du pouvoir ? Les droits de la défense ne sont-ils pas empêchés ?

Le législateur semble comprendre la difficulté de bousculer des équilibres sensibles.

Par exemple, il opte pour une solution novatrice en se tournant vers le juge des libertés et de la détention pour contrôler certaines mesures de police administrative. La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la lutte contre le terrorisme place les visites (anciennes perquisitions administratives) dans le champ de

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

compétences d'un juge qui ne semble pas naturel, en dépit des ressemblances entre la perquisition judiciaire et la visite. Alors que la tendance serait à une « administrativisation » de la police judiciaire, faut-il déceler une « judiciarisation » de la police administrative ?

Dans un même esprit, la loi « anticasseurs » entendait, d'abord, conférer à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge administratif, l'organisation du périmètre de protection, puis elle a préféré renforcer les prérogatives du procureur de la République (article 78-2-5 du Code de procédure pénale).

Les juges français n'agissent pas isolément. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) inspire leurs décisions et, à travers elles, les capacités d'agir des forces de l'ordre.

B. La contrainte au regard de la Cour européenne des droits de l'Homme

La Cour a façonné une jurisprudence applicable à la contrainte sur le fondement de différents articles de la Convention.

Elle rappelle aux États l'interdiction de porter atteinte au droit à la vie, ou d'infliger des traitements inhumains ou dégradants.

Elle accompagne aussi les mutations de la contrainte. Les juges de Strasbourg doivent porter un nouveau regard en conciliant la garantie des droits fondamentaux avec la marge d'appréciation accordée aux États en matière de sécurité publique. Les enjeux ne varient guère, seuls les objets du contrôle changent.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

L'étude de la jurisprudence européenne n'éclaire pas seulement les solutions des juges français. Elle contribue à comprendre combien les mutations de la contrainte dépassent le cadre national. Le recours aux technologies ou la prévention rapprochent les législations.

Alors que la France opte pour une obligation de pointage (interdiction de stade par exemple), ailleurs la contrainte prend la forme d'une rétention préventive validée par la Cour. L'atteinte au principe de sûreté garanti par l'article 5§1 de la Convention passe donc bien par des voies non judiciaires. Les juges admettent le principe d'une détention sans jugement dans un cadre clairement exposé par la loi et soumis à un contrôle *a posteriori*.

La comparaison apprend aussi beaucoup en matière de gestion des manifestations. Durant les débats relatifs à la loi « anticasseurs », la thématique de l'isolement de manifestants violents a été peu abordée. Pourtant, le Défenseur des droits avait remarqué que la pratique de l'encercllement, « l'encagement » de personnes, pendant une durée plus ou moins longue, n'entraîne, en France, dans aucun cadre légal ou réglementaire. Si la CEDH admet, à titre exceptionnel, qu'un État laisse ses forces de sécurité recourir à cette technique, cela ne suffit pas à la garantir en droit au regard des atteintes portées à des libertés fondamentales (liberté d'aller et de venir, liberté d'expression).

Ainsi, la Cour semble faire preuve d'une relative souplesse à l'égard des nouvelles formes de contrainte, y compris lorsqu'elles touchent à l'intimité corporelle.

Du côté des formes dématérialisées de la contrainte, la Cour paraît

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

tout aussi encline à comprendre les impératifs sécuritaires des États.

Dans un passé pas si lointain, elle avait contraint la puissance publique à encadrer des ingérences caractérisées qui prenaient alors la forme des interceptions de communication ou de correspondance. La surveillance n'est pas incompatible avec une société démocratique, à condition d'y mettre les formes, de la justifier, et de la tempérer.

À l'époque, les moyens à la disposition des forces de sécurité étaient dérisoires eu égard à ceux dont elles disposent dorénavant. Ces derniers autorisent des collectes massives de données et leur échange entre les États. Les uns dénoncent une surveillance de masse liberticide ; les autres en font une nécessité vitale pour la protection des démocraties contre leurs ennemis. La Cour fait-elle preuve de frilosité ou de pragmatisme en ne s'élevant pas, par principe, contre ces dispositifs, mais en exigeant des États des garanties de leur mise en œuvre ?

Les mutations de la contrainte représentent un défi pour les forces de l'ordre. Tentées d'en exploiter toutes les potentialités, elles sont tenues de le faire dans le strict respect des impératifs opérationnels et des limites imparties par le droit. Ce dernier n'est ni une entrave ni un permis de tout faire, seulement le reflet de choix opérés dans une société démocratique.

<i>Directeur de publication :</i>	Colonel Dominique SCHOENHER
<i>Rédacteur en chef :</i>	G^{al} d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD
<i>Rédacteurs :</i>	G^{al} d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD Frédéric DEBOVE Claudia GHICA-LEMARCHAND Xavier LATOUR Elisabeth ROLIN Ltn Océane GERRIET
<i>Équipe éditoriale :</i>	Odile NETZER