

LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 96

Mai 2021

EDITO

Depuis notre veille d'avril, dans laquelle j'évoquais la mémoire de Stéphanie Monfermé, fonctionnaire de police assassinée à Rambouillet, un nouveau deuil est venu frapper la police nationale et, au-delà, tous les acteurs civils et militaires qui s'engagent contre l'insécurité. Le brigadier Masson a été tué à Avignon, à l'occasion d'un contrôle de trafiquants de stupéfiant, action « banale », comme le sont la plupart des interventions quotidiennes des policiers et des gendarmes. Ce fait dramatique s'inscrit dans une spirale inquiétante de la violence, marquée par un nombre croissant de blessés dans les rangs des forces de sécurité intérieure et des sapeurs-pompiers, ces derniers en dehors de leurs missions traditionnelles.

(Suite page 2)



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

Edito

Il n'est pas question ici de rejoindre le discours souvent polémique qui est prononcé par des personnes qui exploitent la situation à des fins personnelles ou politiciennes. Dans de telles circonstances, au lieu de s'interroger collectivement sur les voies et moyens de nature à restaurer la paix publique, certains préfèrent opposer les forces de sécurité à la justice. Nul n'est parfait, mais il faut reconnaître que chacun agit avec les moyens dont il dispose, chacun agit en fonction du droit positif. C'est peut-être lui qu'il faut revisiter.

Paradoxalement, alors que l'insécurité est chaque jour plus criante, le droit vient affaiblir les capacités d'action des policiers et des gendarmes. Certains, les plus bavards en général, se félicitent de l'encadrement de la force au nom de l'équilibre sécurité-liberté. Ils ne font que reprendre avec beaucoup moins de talent la pensée de Pascal : « Il faut donc mettre ensemble la justice et la force et pour cela faites que ce qui est juste soit fort et que ce qui est fort soit juste ». Nul ne conteste que l'État de droit est conditionné par l'absence d'arbitraire, par le « contrôle de la toge sur l'épée ». Mais il est aujourd'hui nécessaire de compléter l'équation « sécurité-liberté » : sécurité de qui ? liberté de qui ? En dressant l'historique des politiques de sécurité depuis 50 ans, on constate que la liberté du plus faible, de la victime est rarement mise en balance. L'État tire sa légitimité de la protection du plus faible. Or, cette victime silencieuse est absente de la réflexion. La grande subtilité du raisonnement est de prendre à témoin l'opinion publique pour bien montrer la nécessité de limiter les capacités des forces de l'ordre, à l'heure où les nouvelles technologies pourraient nous conduire vers une société de contrôle généralisé, avec le concours de capacités intrusives sans précédent. On montre du doigt les moyens limités des forces de sécurité intérieure, sans jamais évoquer les capacités

Edito

des GAFAM, autrement plus dangereuses pour notre vie privée. La finalité, la proportionnalité conditionnent assurément la légalité de toute action, mais il faut faire attention aux décrochages entre le droit et la réalité, la dernière finissant par dicter sa propre loi. Lorsque la Cour de justice de l'Union européenne déclare illégale la conservation des données de connexion et leur accès par les forces de l'ordre, sous réserve de conditions inapplicables, les victimes ignorent qu'elles seront les premières concernées par cette décision qui ne fait que conforter les prédateurs. Fort heureusement, le Conseil d'État, avec la subtilité qui marque ses « grands arrêts », apporte l'éclairage nécessaire. Le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, sur la loi pour une sécurité globale préservant les libertés (comme si une loi pour la sécurité pouvait ne pas préserver les libertés...) porte un regard nuancé sur les dispositions, apportant des réserves d'interprétation ou déclarant inconstitutionnelles les dispositions qui, faute de garanties suffisantes, n'assurent pas une conciliation équilibrée entre, d'une part, les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée. La prochaine veille juridique reviendra sur cette décision qui concerne notamment les polices municipales et la sécurité privée. Dans la plupart des cas, ce n'est pas la mesure elle-même qui est en cause, mais le manque de précisions ou de garanties. Si l'on veut en finir avec les prédateurs et rétablir l'autorité de la République, en tout point du territoire, il est nécessaire de réviser dans la profondeur l'ensemble du corpus juridique qui gouverne la sécurité intérieure et de cesser de promulguer des lois de circonstance en concevant, à froid, une législation qui ait pour

Edito

premier objectif la protection des victimes. Le citoyen doit être au cœur de la réflexion, car l'acceptabilité sociale des mesures prises conditionnent leur légitimité. La protection du prédateur ne doit pas aller au-delà des garanties que doit apporter l'exigence d'un procès équitable. Pour cela, il faut mettre en application les pensées de Pascal et faire de la dialectique entre la force et la justice une source de composition et non d'opposition.

Par le général d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD, rédacteur en chef de La veille juridique



SOMMAIRE



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

Déontologie et sécurité	<u>6</u>
Droit de l'espace numérique	<u>16</u>
Actualité pénale	<u>42</u>
Police administrative	<u>85</u>
Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée	<u>93</u>



Déontologie et sécurité

Frédéric DEBOVE

Dignité, que de crimes on commet en ton nom !

Le printemps est habituellement la saison où la nature s'éveille et les oiseaux migrateurs regagnent nos contrées pour y passer l'été. À s'en tenir à l'actualité médiatique, les oreilles des ornithologues semblent pourtant davantage sollicitées que leurs jumelles. Au moment où la France se déconfiner progressivement, certains profitent visiblement de leur liberté retrouvée pour se voler dans les plumes en utilisant au passage toute la richesse de la langue française en termes de métaphores aviaires. Autrefois, les noms d'oiseaux présentaient au moins l'avantage d'être fleuris (un individu étourdi était une tête de linotte, un individu sans foi ni loi était un vautour, une personne lâche était une poule mouillée, une personne à l'intelligence douteuse était une buse). Aujourd'hui, les insultes et les injures verbales fleurissent selon des propos dépréciatifs nettement plus agressifs, grossiers et brutaux. En se dégradant très sensiblement, le répertoire linguistique injurieux atteint à présent plus profondément la dignité de celui à qui le propos est destiné. Par capillarité, ce sont aussi nos valeurs républicaines qui se trouvent fragilisées.

Quand à Laval (Mayenne), un livreur originaire de Guinée-Conakry est insulté par une cliente dans des termes dépourvus d'équivoque (« Dépêche-toi esclave ! »), quand une procession catholique rendant hommage aux martyrs de la Commune est violemment prise à partie à Paris au cri de « Mort aux fachos », quand, à Cergy, un témoin d'actes de violences à l'encontre d'un livreur est à son tour la cible de propos haineux et racistes, quand

Déontologie et sécurité

au sein même de l'Ecole nationale de la magistrature, des propos (« La France aux Français », « Les Arabes dehors ») peu compatibles avec la noblesse des fonctions de magistrat sont échangés sur des documents partagés par des auditeurs de justice, le temps est venu, très clairement, de réaffirmer fermement nos principes républicains qui forment le socle de notre communauté politique. C'est le manque et non le trop de République qui se trouve à l'origine de bien des maux de notre société (le communautarisme, le repli identitaire, les injonctions émotionnelles). La tolérance, le respect des altérités culturelles comme l'impératif de laïcité dans l'espace public doivent guider tous les serviteurs de l'État. Cette défense intraitable des valeurs de notre démocratie républicaine constitue un enjeu majeur en termes de cohésion nationale. C'est aussi une exigence juridique et déontologique comme en témoigne la récente loi dite « Avia » du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet. Deux arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme confirment également cette analyse : **l'arrêt J.L. contre Italie (requête n° 5671/16) en date du 27 mai 2021, et l'arrêt Association ACCEPT et autres contre Roumanie (requête n°19237/16) du 1^{er} juin 2021.**

L'effet horizontal du droit à la dignité

À l'origine, les droits de l'Homme étaient exclusivement conçus au profit de l'individu dans sa relation avec l'État afin de contrebalancer le déséquilibre de pouvoir qui les séparait. À ces droits subjectifs dont tout individu dispose à l'égard des États s'ajoutent désormais des droits opposables à l'encontre d'autres

Déontologie et sécurité

personnes privées. Au fil de sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg a en effet progressivement dégagé une construction au terme de laquelle les États membres du Conseil de l'Europe sont tenus de protéger les particuliers contre les violations de la Convention et ce, jusque dans les relations interindividuelles. C'est ce que l'on appelle l'effet horizontal de la Convention. Cette « horizontalisation », ou si l'on préfère cette « privatisation » de la Convention européenne, reste toutefois indirecte en ce qu'elle ne prend corps que par l'intermédiation des États (une requête ne pouvant être dirigée, en l'état actuel du droit positif, qu'à l'encontre d'un État défendeur à l'exclusion de tout autre justiciable). Etayé par la théorie des obligations positives, l'effet horizontal de la Convention européenne est source de nombreuses obligations substantielles et procédurales à la charge des États. L'extension des droits de l'Homme aux relations interindividuelles rejaillit corrélativement sur les diligences requises des forces de l'ordre comme en témoigne **l'arrêt Association ACCEPT et autres contre Roumanie (requête n° 19237/16) du 1^{er} juin 2021**.

Les faits de l'espèce peuvent se résumer comme suit : en février 2013, à Bucarest, l'association ACCEPT – dont l'objet consiste à défendre les intérêts des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres – organise la projection d'un film mettant en scène une famille homosexuelle. À l'extérieur du complexe cinématographique, une manifestation regroupe des opposants à la cause LGBT, proches d'un mouvement politique d'extrême droite. À un moment de la projection, une cinquantaine de manifestants s'introduisent bruyamment dans la salle de cinéma, perturbent la séance en proférant un flot d'injures et de menaces à l'encontre des spectateurs (« Mort aux homosexuels », « Vous êtes des ordures »).

Déontologie et sécurité

En considération de la tournure des événements, les organisateurs décident alors de mettre un terme à la projection et d'avertir les forces de l'ordre, présentes à proximité immédiate de la salle de cinéma. Sur réquisition des organisateurs, quelques policiers pénètrent à leur cœur défendant dans le complexe cinématographique avant d'en sortir très rapidement après s'être contentés de confisquer quelques drapeaux. Dans le prolongement de cet incident à caractère ostensiblement homophobe, l'association ACCEPT déposera une plainte pénale du chef notamment d'incitation à la discrimination. L'enquête menée à la suite de cette plainte conduira les autorités judiciaires à prononcer un classement sans suite, l'intrusion musclée dans le cinéma étant qualifiée de « simple échanges de vues entre les différents protagonistes ».

Sur le fondement d'une violation combinée des articles 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 11 (liberté de réunion et d'association), 13 (droit à un recours effectif) et 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention, l'association ACCEPT saisissait la Cour de Strasbourg aux motifs que la gestion de l'incident susmentionné aurait caractérisé un manquement de l'État roumain à son obligation conventionnelle de protection du droit de réunion pacifique.

Les deux commandements de la Cour en matière de dignité humaine : tu protégeras, tu enquêteras !

Appelée à se prononcer sur les prétendus manquements de l'État

Déontologie et sécurité

roumain à ses obligations conventionnelles, la Cour de Strasbourg développe à l'occasion de cette requête sa construction jurisprudentielle initiée en matière d'obligations positives. Pour entrer en voie de condamnation contre la Roumanie, la Cour relève un double manquement, à l'obligation de protection d'une part, et à l'obligation d'enquête, d'autre part.

S'agissant de l'obligation positive de protection, les juges européens observent que l'incident à l'origine de sa saisine relevait *a priori* de ceux que la police peut aisément gérer et dominer. L'incident impliquait un nombre limité de protagonistes et n'était ni imprévisible ni insurmontable. Sans être dépassée par les événements, la police s'était pourtant montrée d'une efficacité toute relative. Sans réelle portée et limitée au strict minimum, l'intervention policière cousinait avec une forme d'indolence, voire de tolérance, avec les manifestants, dès lors que les procès-verbaux ne soufflaient mot du contexte homophobe de l'incident. Dans ces conditions, la conclusion de la Cour de Strasbourg est aussi inévitable qu'une coulée de lave : « *les autorités n'ont pas correctement évalué le risque encouru par les requérants du fait des intrus et n'ont pas réagi de manière adéquate afin de protéger la dignité des requérants contre les attaques homophobes d'un tiers* ».

Blâmé au regard de son obligation de protection, l'État roumain se trouve pareillement désavoué *en ce qui concerne le respect de son obligation d'enquête*. En ce domaine, les juges européens observent que la police, de par son déploiement sur les lieux mêmes de la manifestation, disposait par la force des choses d'un commencement de preuve du contexte homophobe de l'incident. Aussi, les autorités nationales compétentes avaient-elles l'obligation de mener une enquête – digne de ce nom – sur les faits

Déontologie et sécurité

litigieux. Par-delà son principe, l'enquête pénale devait également satisfaire des critères de qualité qui font ici cruellement défaut selon l'appréciation même des juges de Strasbourg. La Cour européenne stigmatise tout d'abord les lenteurs coupables de l'enquête : aucune mesure d'enquête significative n'a été prise dans l'année suivant le dépôt de la plainte et l'enquête a finalement duré quatre ans et huit mois, sans aboutir. Les juges strasbourgeois observent ensuite que de nombreux éléments de procédure révèlent une sorte de parti pris des enquêteurs : les violences verbales sont ainsi toujours qualifiées de simples « discussions » ou d' « échange de vues » ; les auteurs de ces violences verbales sont décrits comme des « sympathisants » d'organisations d'extrême droite alors que les victimes sont régulièrement présentées comme des « adeptes » de relations homosexuelles. En considération de leur manque de neutralité, les termes employés par les enquêteurs étaient de nature à compromettre l'efficacité de la procédure interne. Il s'ensuit que l'enquête litigieuse n'a pas été menée de manière adéquate afin d'identifier et de poursuivre les auteurs des insultes et des violences homophobes.

Des préjugés sexistes, traces du monde ancien de la Justice ?

L'arrêt J. L. contre Italie en date du 27 mai 2021 témoigne de la persistance regrettable de certains stéréotypes sexistes dans la justice transalpine.

Les faits de l'espèce peuvent se résumer comme suit : en 2008, une étudiante en histoire de l'art et du théâtre déposait une plainte

Déontologie et sécurité

pénale pour viol en réunion aux motifs qu'elle aurait été contrainte d'avoir des rapports sexuels avec plusieurs hommes alors qu'elle se trouvait sous l'emprise de l'alcool. Rapidement identifiés, les sept suspects étaient poursuivis, placés en détention provisoire avant d'être reconnus coupables – pour 6 d'entre eux – de viols en réunion. En appel cependant, la Cour de Florence allait acquitter les six accusés en considération de la crédibilité douteuse de la victime du fait des multiples incohérences dans sa version des événements. Après épuisement des voies de recours internes, la victime déposait une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme. Au soutien de sa saisine fondée sur le jeu combiné des articles 8 (droit au respect de la vie privée) et 14 (interdiction de la discrimination), la requérante alléguait que l'acquittement de ses agresseurs présumés comme l'attitude des autorités italiennes au cours de la procédure judiciaire étaient le fruit de préjugés sexistes. Cette saisine est l'occasion pour la Cour de Strasbourg de délivrer quelques messages très instructifs sur l'art de juger, la dignité des justiciables et les droits de la défense. Qu'il soit permis ici d'extraire de l'arrêt de la Cour quelques morceaux choisis qui illustrent bien la philosophie de la justice, vue de Strasbourg.

S'agissant des auditions qui jalonnent le procès pénal, les juges européens considèrent ainsi que « la manière dont la victime présumée d'infractions à caractère sexuel est interrogée doit permettre de ménager un juste équilibre entre l'intégrité personnelle et la dignité de celle-ci et les droits de la défense garantis aux prévenus. Si l'accusé doit pouvoir se défendre en contestant la crédibilité de la victime présumée et en mettant en lumière d'éventuelles incohérences dans sa déposition, le contre-

Déontologie et sécurité

interrogatoire ne doit pas être utilisé comme un moyen d'intimider ou d'humilier celle-ci ». *S'agissant plus globalement du procès pénal*, la Cour admet volontiers qu'un procès pour viol soit vécu par la victime prétendue comme une épreuve particulièrement pénible, singulièrement lorsque l'intéressée est amenée à répéter son témoignage à de multiples reprises pour répondre aux questions successives des enquêteurs, du Parquet et des avocats de la défense. La Cour reconnaît également que l'effet traumatisant du procès a pu être aggravé en l'espèce par la stratégie de la défense visant à ébranler la crédibilité de la requérante en interrogeant celle-ci sur des questions personnelles concernant sa vie familiale, ses orientations sexuelles et ses choix intimes, parfois sans rapport avec les faits, ce qui est résolument contraire aux principes de droit international en matière de protection des droits des victimes de violences sexuelles. *En ce qui concerne le verdict lui-même*, la Cour de Strasbourg rappelle qu'il ne lui appartient pas de se substituer aux autorités judiciaires nationales dans l'appréciation de la culpabilité des accusés, dont l'appréciation échappe à sa compétence. Pour autant, abstraction faite de toute évaluation concernant la crédibilité des faits relatés par la requérante, les juges européens stigmatisent plusieurs passages de l'arrêt de la Cour d'appel de Florence en ce qu'ils caractérisent une violation flagrante du droit au respect de la vie personnelle et intime de la requérante. Certains passages de l'arrêt prononçant l'acquittement des accusés sont ainsi jugés regrettables et hors de propos : les références faites à la lingerie rouge montrée par la requérante au cours de la soirée, les commentaires concernant sa bisexualité, les relations sentimentales et les rapports sexuels occasionnels de celle-ci avant les faits, le choix de la requérante d'accepter de prendre part au

Déontologie et sécurité

court-métrage réalisé par l'un des accusés malgré son caractère violent et explicitement sexuel, etc.

Quête de la vérité ou curiosité déplacée ?

Les juges strasbourgeois admettent volontiers que la question de la crédibilité de la requérante était particulièrement cruciale dans les circonstances de l'espèce. Partant, le fait de se référer à ses relations passées avec tel ou tel des accusés ou à certains de ses comportements au cours de la soirée pouvait être justifié. A l'inverse, la condition familiale de la requérante, ses relations sentimentales, ses orientations sexuelles ou encore ses choix vestimentaires ainsi que l'objet de ses activités artistiques et culturelles n'étaient nullement pertinents pour l'appréciation de la crédibilité de l'intéressée et de la culpabilité des accusés. Selon l'appréciation même de la Cour européenne des droits de l'Homme, « les obligations positives de protéger les victimes présumées de violences sexistes imposent un devoir de protéger l'image, la dignité et la vie privée de celles-ci, y compris par la non-divulgation d'informations et de données personnelles sans relation avec les faits ». Cette obligation est de surcroît inhérente à la fonction judiciaire. Aussi, la faculté pour les juges de s'exprimer librement dans les décisions, qui est une manifestation du pouvoir discrétionnaire des magistrats et du principe de l'indépendance de la justice, se trouve limitée par l'obligation de protéger l'image et la vie privée des justiciables de toute atteinte injustifiée.

En l'espèce, les juges strasbourgeois estiment que le langage et les arguments utilisés par la Cour d'appel véhiculent des préjugés sur le

Déontologie et sécurité

rôle de la femme qui existent dans la société italienne et qui sont susceptibles de faire obstacle à une protection effective des droits des victimes de violences de genre. Dès lors que les poursuites pénales jouent un rôle déterminant dans la réponse institutionnelle à la violence fondée sur le genre et dans la lutte contre l'inégalité entre les sexes, les autorités judiciaires doivent impérativement « *s'abstenir de reproduire des stéréotypes sexistes dans les décisions de justice, de minimiser les violences contre le genre et d'exposer les femmes à une victimisation secondaire en utilisant des propos culpabilisants et moralisateurs propres à décourager la confiance des victimes dans la justice* ». La justice est un idéal qu'aucun préjugé ne doit pouvoir contredire. Au-delà des principes, la justesse de la justice se mesure également à la manière dont celle-ci est rendue et aux mots qu'elle emploie. Le langage judiciaire peut être assassin comme il peut également être une balise sur le long chemin de la reconstruction des victimes.

Capitaine Matthieu AUDIBERT

Conservation des données de connexion Comment le Conseil d'État a sauvé la majorité des enquêtes judiciaires

*Conseil d'État, French Data Network et autres, 21 avril 2021,
n° 3930922*

La décision rendue le 21 avril 2021 par le Conseil d'État est certainement l'une des plus importantes de ces dernières années. Rendue en Assemblée du contentieux¹, elle vient clore (temporairement ?) un chapitre ouvert depuis 2014 s'agissant de la question ô combien sensible de l'équilibre entre protection de la vie privée et recherche et poursuite des auteurs d'infractions pénales.

Depuis 2014, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) poursuit l'encadrement des dispositifs juridiques liés à la conservation et à l'accès, à des fins pénales, aux données de localisation et de trafic (données de connexion) des utilisateurs². En effet, au travers de ses différents arrêts³, la CJUE a posé plusieurs

1. Formation de jugement la plus solennelle du Conseil d'État et réservée aux affaires les plus importantes.

2. AUDIBERT, Matthieu. La conservation et l'accès aux données techniques de connexion. Vers un nouveau paradigme pour les enquêtes judiciaires ? [en ligne] *La veille juridique du Centre de recherche de l'École des officiers de la gendarmerie nationale*, mars 2021, p. 16-35. Disponible sur : <https://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/crgn/publications/veille-juridique/mars-2021>

3. Arrêt du 8 avril 2014, Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a., C-293/12 et C-

Droit de l'espace numérique

grands principes qui mettaient à mal le régime juridique français de conservation des données de connexion⁴ au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Le droit français prévoit ainsi un cadre juridique précis organisant la conservation généralisée et indifférenciée des données techniques de connexion et des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne⁵. Ces données sont conservées pendant une année⁶.

Par ailleurs, il convient de souligner que l'arrêt *Quadrature du Net* rendu le 6 octobre 2020 par la CJUE faisait suite à plusieurs questions préjudicielles posées par le Conseil⁷.

Que nous apporte cette décision ?

594/12 ; arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, C-203/15 et C-698/15 ; arrêt du 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a. contre Premier ministre e.a.*, C-511/18, C-512/18 et C-520/18 ; arrêt du 2 mars 2021, *Prokuratuur*, C-746/18.

4. LASSALLE, Maxime. Protection des données, renseignements, procédure pénale et enquêtes administratives : l'approche française remise en cause par la CJUE. *Recueil Dalloz*, 2021, p. 406.

5. AUDIBERT, Matthieu. La conservation des données, le droit français et la Cour de justice de l'Union européenne, quelles conséquences pour les enquêtes judiciaires ? [en ligne] *La veille juridique du Centre de recherche de l'École des officiers de la gendarmerie nationale*, novembre 2020, p. 15-29. Disponible sur : <https://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/crqn/publications/veille-juridique/novembre-2020>

6. Article L. 34-1 III du Code des postes et des communications électroniques. Article 6 II de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

7. Conseil d'État, 26 juillet 2018, n° 394922, 397844 et 397851.

Droit de l'espace numérique

Particulièrement sensible à maintenir le régime juridique actuel, le Gouvernement demandait au Conseil d'État de déclencher un contrôle « *ultra vires* ». De quoi s'agit-il ?

Le Gouvernement invitait ainsi le Conseil à contrôler puis à constater que la CJUE avait dépassé les limites de ses compétences avec celles relevant des États membres au regard des traités. Ce faisant, le Conseil était invité à écarter la jurisprudence de la CJUE, ce qui aurait constitué un bouleversement majeur dans l'ordre juridique communautaire. Ce type de contrôle a déjà été mis en œuvre en Allemagne⁸.

Toutefois, le Conseil a refusé le contrôle « *ultra vires* » demandé par le Gouvernement et a ainsi évité la guerre des juges⁹. Il s'est en revanche appuyé sur le droit constitutionnel français puis sur l'arrêt Quadrature du Net pour contourner certains principes dégagés par la CJUE dans ses différents arrêts, un bel exercice d'équilibre¹⁰.

À cet effet, le Conseil introduit sa décision en affirmant avec solennité la primauté de la Constitution¹¹. Elle est la norme suprême en droit national. Le Conseil en tire comme conséquence qu'il lui

⁸. JOOP, Olivier. Guerre des cours ou dialogue de sourds ? L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relative au programme PSPP de la Banque centrale européenne, *RTD Eur.*, 2021, p. 110.

⁹. DE MONTECLER, Marie-Christine. Conservation des données : la guerre des juges n'aura pas lieu. *Dalloz Actualité*, avril 2021.

¹⁰. REES, Marc. Comment le Conseil d'État a sauvé la conservation des données de connexion [en ligne]. NextINpact, 22 avril 2021. Disponible sur : <https://www.nextinpact.com/article/45613/comment-conseil-detat-a-sauve-conservation-donnees-connexion>

¹¹. Point 4.

Droit de l'espace numérique

revient de vérifier que l'application du droit communautaire ne remet pas en cause des exigences constitutionnelles qui ne seraient pas garanties de façon équivalente par le droit de l'Union.

Il s'agit en réalité d'une forme de clause de sauvegarde fondée sur la primauté de la Constitution dans la hiérarchie des normes. Ainsi, quand il est reproché à un acte réglementaire de ne pas respecter le droit de l'Union, alors le moyen soulevé en défense peut être écarté lorsque son acceptation aurait pour conséquence de bloquer une garantie constitutionnelle inexistante dans le droit communautaire¹². Dans ce cas, le Conseil va alors contrôler la conformité du texte réglementaire non au droit communautaire, mais directement à la Constitution¹³.

Dans son mémoire, le Gouvernement invoquait ainsi la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation, la prévention des atteintes à l'ordre public, les atteintes à la sécurité des personnes et des biens, la lutte contre le terrorisme, ainsi que la recherche des auteurs d'infractions pénales¹⁴. Celles-ci « constituent des objectifs de valeur constitutionnelle, nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de même valeur, qui doivent être conciliés avec l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée¹⁵ ».

¹². Point 5.

¹³. Points 5 à 8.

¹⁴. Point 9.

¹⁵. *Ibidem*.

Droit de l'espace numérique

Néanmoins, et c'est toute l'habileté remarquable de cette décision, le Conseil d'État ne met pas en œuvre cette clause de sauvegarde, certainement pour ne pas ouvrir un front avec la CJUE.

En effet, il va s'appuyer sur l'arrêt *Quadrature du Net* pour, *in fine*, préserver la conservation et l'utilisation des données de connexion dans le cadre de la majorité des enquêtes judiciaires.

Dans son arrêt *Quadrature du Net*¹⁶, la CJUE énonce que la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion est permise au titre de la sécurité nationale.

Ainsi, le Conseil relève que « le droit de l'Union européenne permet d'imposer aux opérateurs la conservation généralisée et indifférenciée des données de trafic et de localisation autres que les adresses IP aux seules fins de sauvegarde de la sécurité nationale lorsqu'un État est confronté à une menace grave pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible, sur injonction d'une autorité publique, soumise à un contrôle effectif d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante, chargée notamment de vérifier la réalité de la menace, pour une période limitée au strict nécessaire, mais renouvelable en cas de persistance de la menace ¹⁷».

Ce faisant, le Conseil juge illégale l'obligation de conservation

¹⁶. Arrêt du 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a. contre Premier ministre e.a.*, C-511/18, C-512/18 et C-520/18, points 134 à 139.

¹⁷. Point 31.

Droit de l'espace numérique

généralisée et indifférenciée des données de connexion (hormis les données peu sensibles : état civil, adresse IP, comptes et paiements) pour les besoins liés à la poursuite des infractions pénales. Il rappelle ainsi que le droit de l'Union s'oppose à ce que soit imposée aux opérateurs la conservation généralisée et indifférenciée des données de trafic et de localisation autres que les adresses IP, y compris aux fins de lutte contre la criminalité grave.

Néanmoins, il relève que cette conservation généralisée et indifférenciée aujourd'hui imposée aux opérateurs par le droit français est bien justifiée par une menace pour la sécurité nationale, comme cela est requis par la CJUE¹⁸. Il relève notamment « que la France est confrontée à une menace pour sa sécurité nationale (...). Cette menace est non seulement prévisible mais aussi actuelle. Cette menace procède d'abord de la persistance d'un risque terroriste élevé, ainsi qu'en témoigne notamment le fait que sont survenues sur le sol national au cours de l'année 2020 six attaques abouties ayant causé sept morts et onze blessés. Deux nouveaux attentats ont déjà été déjoués en 2021. Le plan Vigipirate a été mis en œuvre au niveau "Urgence attentat" entre le 29 octobre 2020 et le 4 mars 2021 puis au niveau "Sécurité renforcée - risque attentat" depuis le 5 mars 2021, attestant d'un niveau de menace terroriste durablement élevé sur le territoire¹⁹. »

Il impose à ce sujet au gouvernement de procéder, sous le contrôle du juge administratif, à un réexamen périodique de l'existence d'une

¹⁸. Points 42 à 46.

¹⁹. Point 44.

Droit de l'espace numérique

telle menace²⁰.

Pour la poursuite des infractions pénales, le CE énonce que la solution suggérée par la CJUE dans son arrêt *Quadrature du Net* de « conservation ciblée²¹ » en amont des données n'est ni matériellement possible, ni opérationnellement efficace²². En effet, il n'est pas possible de prédéterminer les personnes qui seront impliquées dans une infraction pénale qui n'a pas encore été commise ou le lieu où elle sera commise²³.

Pour contourner les infaisabilités opérationnelles des solutions proposées par la CJUE, le Conseil suggère de recourir à la méthode de « conservation rapide » autorisée par le droit européen²⁴. Celle-ci peut s'appuyer sur le stock de données conservées de façon généralisée et indifférenciée pour les besoins de la sécurité nationale et peut être utilisée pour la poursuite des infractions pénales²⁵. Autrement dit, le critère lié à la sécurité nationale devient le support juridique autorisant l'accès en judiciaire à ces données, sous deux réserves.

Tout d'abord, cette conservation rapide et cet accès ne peuvent être autorisés que dans le cadre de la criminalité grave. Cela implique de

20. Points 31 et 46.

21. Point 54.

22. Point 57.

23. Point 54.

24. Points 55 et 56. Cette méthode de « conservation rapide » est prévue par la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité dite Convention de Budapest du 23 novembre 2001 (articles 16 et 17) à laquelle la France est partie.

25. Point 57.

Droit de l'espace numérique

prévoir un seuil de gravité en excluant *de facto* les contraventions et certains délits pour lesquels les enquêteurs ne pourront plus requérir les opérateurs, les crimes étant nécessairement graves. En outre, selon la jurisprudence de la CJUE, cet accès ne pourra être autorisé que par une autorité administrative indépendante ou un juge indépendant qui doit avoir la qualité d'un tiers par rapport aux enquêteurs²⁶. Ce juge ne doit pas être impliqué dans la conduite des investigations et doit avoir une position de neutralité vis-à-vis des parties à la procédure pénale²⁷.

Le recours au critère lié à la sécurité nationale permet donc de sauvegarder l'accès aux données de connexion dans le cadre des enquêtes judiciaires. Pour autant, cette solution ne peut être que temporaire. Le Conseil rappelle, en effet, que l'existence et la persistance de cette menace liée à la sécurité nationale doivent faire l'objet d'un examen périodique sous le contrôle du juge administratif²⁸. Si cette menace liée à la sécurité nationale disparaît, la conservation des données à ce titre et l'accès pour les enquêtes judiciaires disparaîtront.

En réalité, cette solution permet certainement de conserver, en partie, le régime actuel, pour avancer sur le projet de règlement E-evidence²⁹.

²⁶. CJUE, 2 mars 2021, aff. C-746/18, Prokuratuur.

²⁷. AUDIBERT, Matthieu. La conservation et l'accès aux données techniques de connexion. Vers un nouveau paradigme pour les enquêtes judiciaires ? [en ligne] *La veille juridique du Centre de recherche de l'École des officiers de la gendarmerie nationale*, mars 2021, p. 16-35. Disponible sur : <https://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/crqn/publications/veille-juridique/mars-2021>

²⁸. Point 31.

²⁹. CONSEIL EUROPÉEN, Un meilleur accès aux preuves électroniques pour lutter

Droit de l'espace numérique

À court terme, le Conseil d'État enjoint le Gouvernement à procéder à l'abrogation du dispositif réglementaire³⁰ de conservation des métadonnées dans un délai de six mois³¹. À moyen et long terme, des modifications substantielles de notre procédure pénale doivent également être envisagées.

Ces modifications concerneront vraisemblablement cinq articles du Code de procédure pénale.

S'agissant de l'accès aux métadonnées conservées au titre de la sécurité nationale, il faudra envisager de modifier les articles 60-1, 77-1-1 et 99-3 du Code de procédure.

Au titre du principe de proportionnalité³², cette obligation de conservation n'est imposée aux opérateurs que « pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite d'infractions pénales susceptibles de présenter un degré de gravité suffisant pour justifier l'ingérence dans les droits protégés » par la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Le Conseil d'État précise que « seules de telles infractions [peuvent] légalement justifier l'accès des services d'enquêtes aux données conservées par les opérateurs³³ ». Or, les articles précités prévoient actuellement la

contre la criminalité [en ligne]. Dernière mise à jour le 20 octobre 2020. Disponible sur : <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/e-evidence/>

30. Article R. 10-13 du Code des postes et des communications électroniques. Décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

31. Point 46.

32. Points 39 et 57.

33. *Ibid.*

Droit de l'espace numérique

possibilité pour les services d'enquêtes d'accéder à ces données pour l'ensemble des contraventions, délits et crimes.

Cette possibilité est en contradiction avec la position du Conseil d'État qui subordonne l'accès aux « données nécessaires à la poursuite et à la recherche des auteurs d'infractions pénales dont la gravité le justifie³⁴».

Enfin, il sera certainement nécessaire de modifier l'article 60-2 du Code de procédure pénale pour actualiser la méthode dite de « conservation rapide » des données, laquelle n'est actuellement prévue que pour « le contenu des informations consultées par les personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs³⁵ ».

Après le Conseil d'État, la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui va certainement être amenée à se prononcer sur ces questions, devra être examinée avec la plus grande attention.

En effet, au regard de l'arrêt de la CJUE Prokuratuur du 2 mars 2021, quelle est l'autorité qui doit préalablement autoriser cet accès ? Au regard de son positionnement, quelle place pour le procureur de la République ? Le juge d'instruction peut-il voir ses pouvoirs d'enquête menacés ? Enfin, les juges des libertés et de la détention doivent-ils être cette autorité ?

34. Point 57.

35. Article 60-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

Droit de l'espace numérique

Lieutenant Océane GERRIET

Le bigdata au service de l'État : « qui est pris, qui croyait prendre » ou quand les fraudeurs vont devenir payeurs !

L'article 154 de la loi n° 2019-1479 de finances pour 2020 a prévu, pour une durée de 3 ans, l'expérimentation d'un traitement de données permettant de collecter et d'exploiter les « contenus librement accessibles sur les plateformes en ligne » au profit de l'administration fiscale et de l'administration des douanes et droits indirects. Le décret de mise en œuvre est paru, quant à lui, le 11 février 2021. Ce dispositif, déjà validé le 27 décembre 2019 par le Conseil constitutionnel, n'a pas fait l'objet de réserves majeures lors de la seconde délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) rendue le 10 décembre 2020. Cependant, elle a fourni une analyse restrictive de la notion de « contenu librement accessible » qui restreint d'autant les possibilités de l'outil aux seuls contenus ne nécessitant pas de se connecter notamment via un compte sur la plateforme en amont.

Vous avez déclaré disposer de peu de ressources ? Ou encore, être domicilié en Franche-Comté ? Alors quid de vos selfies #Instagram sur les plages de Menton ou au volant de votre Audi TT flambant neuve ? L'administration fiscale a décidé de traquer les fraudeurs en les prenant à leur propre jeu en glanant des informations rendues librement accessibles par ces derniers sur Internet et plus précisément sur les « **plateformes en ligne** ». Par plateforme en

Droit de l'espace numérique

ligne, Bercy entend viser celles mentionnées au 2° de l'article L. 111-7 du Code de la consommation, soit les plateformes de « mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ». En somme : les réseaux sociaux, les sites de e-commerce, les sites de petites annonces et bien d'autres... Le fait d'exploiter Internet pour lutter contre les fraudes n'est pas nouveau mais c'est le moyen qui est novateur. Les nouvelles technologies offrent de nouvelles perspectives, tant pour les citoyens que pour les pouvoirs publics. Ainsi, afin d'« améliorer la détection de la fraude et le ciblage des contrôles », l'administration a voulu s'armer d'un outil lui permettant de faciliter le travail de ses agents pour ce type de recherche, voire de l'automatiser en s'appuyant sur une méthode redoutable : le **datamining**. Autrement nommé « l'exploration de données », il s'agit d'un processus automatique ou semi-automatique visant à analyser de grandes quantités de données et d'établir des corrélations à l'aide d'algorithmes, voire d'intelligence artificielle (comme c'est le cas de Bercy).

Le décret d'application est scindé en deux temps : d'une part, le traitement mis en œuvre dans le cadre de la phase d'apprentissage et de conception de l'outil puis, d'autre part, le traitement qui sera mis en œuvre pour la phase d'exploitation. Sur ce point, il est intéressant de souligner que la CNIL rappelle que le régime juridique applicable est distinct. En effet, la **phase d'apprentissage** a pour finalité de « développer un outil de collecte et d'analyse » et « d'identifier les indicateurs » permettant de caractériser des « manquements et infractions recherchées ». Cette phase ne

Droit de l'espace numérique

cherche pas à rechercher, constater et poursuivre des manquements (= ce qui relèverait de la directive Police/Justice) mais bien à **développer un outil** qui permettra d'y répondre. Ainsi, et quand bien même il s'agit d'une phase de « développement », l'outil va brasser des données personnelles et relève du Règlement général sur la protection des données (RGPD)¹. Par contre, la **phase de mise en œuvre** qui consistera à utiliser cet outil pour **rechercher et constater des manquements et des infractions** relèvera de la directive Police/Justice qui prévoit des exigences encore plus élevées pour la sécurité du traitement.

Concernant la phase d'apprentissage, Bercy va collecter des données sur un échantillon précis, composé de certaines entreprises et personnes physiques préalablement identifiées. Ce travail sur échantillon va lui permettre de **créer les indicateurs qui seront utiles pendant la phase d'exploitation**. Premièrement, s'agissant des indicateurs, il rappelle qu'ils ne comportent aucune donnée personnelle puisqu'ils vont représenter des mots clés, expressions, etc. Deuxièmement, s'agissant des données collectées, Bercy précise que le traitement a vocation à recueillir « les données d'identification ». Cette mention est plutôt large mais à l'image de tout ce qui est susceptible d'être publié en ligne tels un écrit, une image, une photographie, un son ou une vidéo. En outre, et par essence, le décret prévoit qu'elles peuvent comporter des données sensibles comme, par exemple, des messages évoquant une

¹. Sur la question de la prise en compte de la problématique des données personnelles au stade du développement, voir le Guide RGPD pour les développeurs mis au point par la CNIL. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-publie-un-guide-rgpd-pour-les-developpeurs>

Droit de l'espace numérique

situation médicale ou une opinion politique, voire encore des photos révélant une orientation sexuelle, etc. Sur ce point, il souligne les garanties mises en œuvre par l'administration vis-à-vis du traitement de ce type de données puisqu'elles ne sont pas conservées si elles ne sont pas strictement nécessaires.

De manière générale, la CNIL conforte les durées de conservation fixées par Bercy. Pour la phase d'apprentissage, elle salue également le fait d'avoir réduit la taille de l'échantillon au strict nécessaire et d'avoir fixé une **durée de conservation très limitée** (5 jours pour les données sensibles, 30 jours pour les autres). Tandis que, pour la phase d'exploitation, qui n'est plus limitée à un échantillon de données, la durée de conservation est fixée par défaut à 30 jours mais comprend deux exceptions. D'une part, elle peut aller jusqu'à 1 an maximum si la donnée collectée permet de concourir à la constatation des infractions et, d'autre part, peut perdurer au-delà de ce délai pour les besoins d'une procédure pénale ou douanière. La CNIL regrette néanmoins que Bercy n'aille pas jusqu'au bout de son raisonnement. En effet, le ministère précise que la phase de conception va lui permettre de déterminer des indicateurs mais aussi d'affiner les données qui lui sont nécessaires de collecter. Or, le décret prévoit d'ores et déjà les données collectées pour la phase d'exploitation du traitement et fige ainsi cette liste (de manière large) avant même le retour d'expérience que peut apporter la phase d'apprentissage. En réalité, rien n'empêchera Bercy de modifier son décret mais cela prendra du temps.

Ensuite, les **données collectées par l'outil développé par Bercy**

Droit de l'espace numérique

seront transmises aux services en charge de la lutte contre les fraudes, aussi bien du côté de la Direction générale des finances publiques (DGFiP) que de la Direction générale des douanes et des droits indirects (DGDDI). D'une part, cela permet de conforter le fait que les données recueillies grâce à une intelligence artificielle ne donnent pas lieu à une décision automatisée mais bien à **une analyse par un humain**. L'outil ne révèle que des probabilités de fraude, à charge pour l'agent d'en vérifier la véracité. D'autre part, la [DGFiP](#) et la DGDDI disposent chacune d'un traitement de données spécifiques pour la poursuite de leurs missions de lutte contre les fraudes, de sorte que cette transmission va donc générer une collecte de nouvelles données qui n'étaient pas initialement prévues par les décrets de mise en œuvre de ces traitements. Le ministère a donc également saisi la CNIL d'un projet de décret modificatif.

Enfin, l'intérêt principal d'un tel outil est de pouvoir collecter toutes les **données « librement accessibles » et manifestement rendues publiques sur les plateformes en ligne, mais faut-il encore s'entendre sur le champ d'une telle notion**. Pour Bercy, il s'agit d'une donnée publiée « sans paramètre de confidentialité spécifique ou avec un paramétrage de confidentialité public ». Néanmoins, la CNIL estime que cette notion est trop large et s'appuie sur la décision rendue par le Conseil constitutionnel en 2019.

Premièrement, ce dernier estime qu'est « librement accessible » un contenu qui ne nécessite pas la saisie d'un mot de passe ou une inscription à un site. Sur ce point, la CNIL a censuré Bercy en

Droit de l'espace numérique

exigeant une modification du décret. En effet, elle rappelle qu'il n'est pas possible, via l'outil automatisé, de créer des comptes pour pouvoir accéder aux contenus. En outre, si la CNIL reconnaît que Bercy peut utiliser des API (*Application Programming Interface*) afin que lui soient mises à disposition des données de certaines plateformes ou des techniques d'extraction de données, ces deux techniques nécessitent la création de comptes (administrateur pour l'un, utilisateur pour l'autre). Ainsi, cela ne doit pas permettre pour autant la collecte de données qui n'auraient pas été accessibles sans la possession d'un compte sur la plateforme en question ou de la saisie d'un mot de passe. Cette approche, particulièrement protectrice de la liberté des citoyens, limite néanmoins l'intérêt d'un tel outil visant à lutter plus efficacement contre les fraudes, puisqu'elle exclut *de facto* de nombreux contenus présents sur certaines plateformes telles que Facebook qui nécessite *a minima* la création d'un compte. Deuxièmement, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser ce qu'il fallait entendre par contenu « manifestement rendu public ». À la lumière de cette approche, la CNIL s'est interrogée sur les contenus concernant une personne donnée mais « rédigés par des tiers » ou encore des commentaires rédigés par la personne concernée sur une plateforme de e-commerce sur laquelle elle n'a aucune prise sur la confidentialité. Pour résumer, un contenu « **manifestement** » rendu public signifie qu'il faut une intention volontaire de la personne concernée à divulguer son contenu publiquement. La CNIL conclut donc à l'impossibilité de collecter les commentaires rédigés par les tiers et va plus loin en exigeant des garanties techniques permettant d'éviter cette collecte. Troisièmement et dernièrement, il est toujours intéressant de souligner qu'aucun système de

Droit de l'espace numérique

reconnaissance faciale n'est prévu dans ce traitement.

Force est de constater que si la réglementation relative à la protection des données personnelles s'avère très protectrice (et c'est heureux, d'autant plus que l'Europe est pionnière en la matière), elle restreint d'autant les moyens d'action des autorités souhaitant avoir recours à des procédés automatisés ou à des technologies particulièrement innovantes comme l'IA. Mais face à l'ingéniosité des contrevenants comme des fraudeurs, face aux nouveaux vecteurs facilitant les actes délictuels, n'est-ce pas le rôle de l'État de développer des moyens adéquats pour y répondre ? Même s'il est difficile d'en connaître avec certitude le montant, on estime que le coût de la fraude fiscale oscille entre 20 et 100 milliards d'euros². Or, l'impôt est une condition *sine qua non* du fonctionnement de l'État et, plus important encore, permet de préserver notre système social, particulièrement protecteur des individus. Ainsi, s'il est du pouvoir de tout État d'en assurer la levée, il est également de son devoir d'en garantir l'efficacité.

2. Combien la fraude fiscale coûte-t-elle à la France chaque année ? [en ligne]. *europe 1.fr*, 7 janvier 2019. Disponible sur : <https://www.europe1.fr/economie/combien-la-fraude-fiscale-coute-t-elle-a-la-france-chaque-annee-3833942><https://www.europe1.fr/economie/combien-la-fraude-fiscale-coute-t-elle-a-la-france-chaque-annee-3833942>

Droit de l'espace numérique

Général d'armée (2S) Marc Watin-Augouard

ACTUALITÉ NUMÉRIQUE

L'agence du numérique de défense est créée

L'arrêté du 23 avril 2021 porte création de l'Agence du numérique de défense (AND).

Le 1^{er} décembre 2020, la ministre des Armées Florence Parly a annoncé la création de l'AND en soulignant que « le numérique occupe une place croissante au cœur des capacités opérationnelles et fonctionnelles du ministère des Armées. Ce sont plusieurs milliers d'agents civils et militaires et près de 1 500 systèmes d'information et de communication qui concourent directement ou indirectement aux missions du ministère ». La ministre ajoute « qu'il est urgent de simplifier notre manière de faire pour une meilleure efficacité opérationnelle. Le ministère des Armées est pionnier en la matière et entend bien le rester. Plus que jamais, un numérique solide, fiable et efficace est un gage de résilience ».

Après une préfiguration de quatre mois, l'arrêté du 23 avril 2021 donne naissance à ce service à compétence nationale rattaché au délégué général pour l'armement. Elle est dirigée depuis le 5 mai 2021 par l'ingénieur général de l'armement de 1^{re} classe (IGA) Dominique Luzeaux, ancien directeur adjoint « Plans » de la Direction interarmées des réseaux d'infrastructure et des systèmes d'information de la Défense (DIRISI).

Cette agence doit contribuer aux enjeux de supériorité opérationnelle et de maîtrise de l'information au sein du ministère

Droit de l'espace numérique

en révisant en profondeur l'organisation du numérique pour faire face aux défis croissants liés à la transformation du ministère. Elle doit, dans un cadre budgétaire contraint, permettre d'encore mieux utiliser les différents budgets et effectifs du ministère pour répondre aux enjeux de transformation numérique.

Elle s'inscrit dans un écosystème numérique déjà riche, avec la Direction générale du Numérique (DGNUM), la DIRISI et le Commandement de la cyberdéfense (COMCYBER). Proximité par le milieu numérique qui les rapproche, mais différenciation par les missions exercées.

La DGNUM, rattachée directement à la ministre, a un rôle stratégique de pilotage et de coordination. La DIRISI, l'opérateur du ministère, intervient sur les réseaux, les applications et toutes les infrastructures du système d'information (SI). Elle administre et exploite, ce qui signifie qu'elle garantit le bon fonctionnement de l'IT (*information technology* ou technologie de l'information) au service des forces comme des services, et elle est également acheteur IT pour le ministère ainsi que pour certains contrats interministériels. Quant à COMCYBER, il est « l'ANSSI » du ministère et met en œuvre les actions opérationnelles conduites par les forces.

Selon l'article 2 de l'arrêté, l'agence a pour missions :

- de conduire, pour le compte des états-majors, directions et services, et tout au long de leur cycle de vie (conception, réalisation, déploiement et retrait), les projets numériques complexes ou à fort enjeu. La complexité s'analyse d'un point de vue technique, lorsqu'ils associent plusieurs porteurs qui peuvent avoir des attentes différentes, sont financés sur plusieurs lignes différentes ;

Droit de l'espace numérique

- de fédérer et mutualiser les capacités existantes en matière de conduite de projets numériques et de diffuser les meilleures pratiques ;
- d'assurer un rôle de conseil des armées, des directions et des services sur la définition de leurs besoins numériques et de veiller à l'optimisation des ressources humaines et financières qu'ils leur consacrent ;
- de contribuer à la mise en œuvre de la politique industrielle du ministère des Armées dans le domaine des technologies numériques des systèmes d'information, en lien avec la DGNUM et la Direction générale de l'armement (DGA). L'agence va faciliter en priorité l'accès à la commande publique des TPE-PME, notamment par des groupements, pour favoriser l'innovation technologique ou la rupture dans les usages.

Un comité d'orientation et de pilotage de l'agence du numérique de défense, présidé par le délégué général pour l'armement et réunissant les représentants des états-majors, directions et services, oriente et évalue les activités de l'agence.

L'Agence a ses propres personnels, mais elle exerce une autorité fonctionnelle sur les chefs des projets dont la responsabilité lui est confiée, ainsi que sur le personnel qui leur est subordonné dans la conduite de ces projets (art. 3).

L'Europe renforce sa cybersécurité

L'année 2020 a été riche en termes d'annonces de l'Union européenne relatives à la transformation numérique. En février-mars 2020, au moment où la crise de la Covid-19 accapare les

Droit de l'espace numérique

esprits, la Commission publie trois communications : *Façonner l'avenir numérique de l'Europe* (COM (2020) 0067), *Une stratégie européenne pour les données* (COM (2020) 0066), *Livre blanc sur l'intelligence artificielle - une approche européenne de l'excellence et de la confiance* (COM (2020) 0065). Quelques jours plus tard, le 10 mars, *Une nouvelle stratégie industrielle pour une Europe verte et numérique* (COM (2020) 102) fixe les grandes lignes d'une ambition résumée par Thierry Breton : « Gérer les transitions verte et numérique et éviter les dépendances à l'égard de l'extérieur dans un nouveau contexte géopolitique exige un changement radical qui doit commencer dès à présent ». Depuis, trois rapports non contraignants du Parlement européen relatifs à l'intelligence artificielle (20 octobre 2020) et l'énoncé par ce dernier des lignes directrices pour l'utilisation militaire et non militaire de l'intelligence artificielle (IA), en particulier dans des domaines comme l'armée, la justice et la santé (20 janvier 2021), sont venus enrichir le corpus relatif à l'Europe du numérique. Malheureusement, la crise de la Covid-19 a modifié le centre de gravité des priorités. Depuis quelques jours, une certaine reprise est observée, avec la publication de plusieurs documents structurants qui ont une incidence directe sur la stratégie de cybersécurité.

La création du Centre de compétences en matière de cybersécurité

L'approbation du règlement relatif au Centre de compétences en matière de cybersécurité par le Conseil de l'Union européenne (UE), le 20 avril 2021, devrait être suivie par l'adoption définitive du texte par le Parlement européen.

Droit de l'espace numérique

Le Centre de compétences en matière de cybersécurité sera basé à Bucarest. Il réunira les principales parties prenantes européennes, notamment des entreprises, des organisations universitaires et de recherche et d'autres associations de la société civile concernées, afin de constituer une communauté de compétences en matière de cybersécurité destinée à renforcer et diffuser l'expertise dans ce domaine dans toute l'Union. Il a pour objectif de renforcer la sécurité de l'Internet ainsi que d'autres réseaux et systèmes d'information critiques en mettant en commun les investissements dans la recherche, les technologies et le développement industriel en matière de cybersécurité.

Le Centre européen de compétences industrielles, technologiques et de recherche en matière de cybersécurité travaillera en coopération avec un réseau de centres nationaux de coordination désignés par les États membres. Il affectera notamment les financements liés à la cybersécurité issus du programme Horizon Europe et du programme pour une Europe numérique (voir *infra*). Le centre sera établi pour la période allant de l'entrée en vigueur du règlement au 31 décembre 2029. Il sera ensuite liquidé, à moins que son mandat ne soit prolongé à la suite d'une évaluation et, éventuellement, d'une proposition législative de la Commission. Les activités du nouveau Centre européen de compétences industrielles, technologiques et de recherche en matière de cybersécurité compléteront les missions de l'ENISA (*The European union Agency for Cyberscurity*).

Droit de l'espace numérique

Le programme pour une Europe numérique

Le règlement (UE) 2021/694 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 fixe l'enveloppe financière du programme pour une Europe numérique pour la période 2021-2027. Ce programme est structuré en cinq objectifs spécifiques qui correspondent à des domaines politiques clés :

- calcul à haute performance ;
- intelligence artificielle ;
- cybersécurité et confiance ;
- compétences numériques avancées ;
- déploiement et meilleure utilisation des capacités numériques – Interopérabilité.

Les pôles européens d'innovation numérique doivent servir de points d'accès aux toutes dernières capacités numériques, parmi lesquelles le calcul à haute performance (CHP), l'IA, la cybersécurité, ainsi qu'à d'autres technologies innovantes existantes comme les technologies clés génériques, également disponibles dans les ateliers de fabrication collaboratifs ou les laboratoires numériques. Selon le règlement, « la cybersécurité représente un défi pour l'Union dans son ensemble, que l'on ne peut pas relever dans le seul cadre d'initiatives nationales. La capacité de l'Europe en matière de cybersécurité devrait être renforcée de façon à la doter des moyens nécessaires pour protéger ses citoyens, ses administrations publiques et ses entreprises contre les cybermenaces. En outre, les consommateurs devraient être protégés lorsqu'ils utilisent des

Droit de l'espace numérique

produits connectés qui peuvent être piratés et compromettre leur sécurité. Cette protection devrait être réalisée avec les États membres et le secteur privé, en développant des projets destinés à renforcer les capacités de l'Europe en matière de cybersécurité, en assurant la coordination entre ces programmes et en assurant un large déploiement dans tous les secteurs économiques des solutions de cybersécurité les plus récentes, y compris les projets, services, compétences et applications à double usage, ainsi qu'en agrégeant les compétences dans ce domaine pour atteindre une masse critique et un niveau d'excellence ».

Dans cet esprit, l'objectif spécifique « Cybersécurité et confiance » a pour ambition de :

- soutenir, avec les États membres, le développement et l'acquisition d'équipements, d'outils et d'infrastructures de données de cybersécurité avancés afin d'atteindre un niveau commun élevé de cybersécurité à l'échelon européen, dans le strict respect de la législation en matière de protection des données et des droits fondamentaux, tout en garantissant l'autonomie stratégique de l'Union ;
- soutenir le développement et la meilleure utilisation possible des connaissances, capacités et compétences européennes en matière de cybersécurité, ainsi que le partage et l'intégration des meilleures pratiques ;
- assurer un large déploiement, dans l'ensemble de l'économie européenne, de solutions de cybersécurité de pointe efficaces, une attention particulière étant portée aux autorités publiques et aux PME ;
- renforcer les capacités au sein des États membres et du secteur privé pour les aider à se conformer à la directive (UE) 2016/1148 du

Droit de l'espace numérique

Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union (directive SRI ou NIS), y compris grâce à des mesures visant à favoriser l'adoption de bonnes pratiques en matière de cybersécurité ;

- améliorer la résilience face aux cyberattaques, contribuer à accroître la sensibilisation aux risques et la connaissance des processus de cybersécurité, aider les organismes publics et privés à atteindre les niveaux de base de la cybersécurité, par exemple en déployant le chiffrement de bout en bout des données et des mises à jour logicielles;

- renforcer la coopération entre les sphères civile et militaire en ce qui concerne les projets, services, compétences et applications à double usage dans le domaine de la cybersécurité, conformément à un règlement établissant le Centre européen de compétences industrielles, technologiques et de recherche en matière de cybersécurité et le Réseau de centres nationaux de coordination (cf. *supra* règlement relatif au Centre de compétences en matière de cybersécurité).

L'enveloppe financière pour l'exécution du programme pour la période du 1^{er} janvier 2021 au 31 décembre 2027 est établie à 7 588 000 000 euros en prix courants (1 649 566 000 EUR) pour l'objectif spécifique « Cybersécurité et confiance ».

L'engagement de l'UE est essentiel mais ne saurait remplacer l'ardente obligation de chaque État membre à renforcer sa propre stratégie de cybersécurité. L'augmentation exponentielle des cyberattaques, observée depuis un an, conduit certains

Droit de l'espace numérique

observateurs à « découvrir » ce que le FIC annonce depuis 2007 : « la cybercriminalité est la criminalité du XXI^e siècle ». Pour lutter contre ce phénomène, l'idée de « bouclier » européen a été avancée. En vérité, il faut réaliser la « tortue romaine », chaque État devant avoir son propre bouclier, tandis que l'UE favorise l'uniformité et la cohérence de l'ensemble.

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

**AFFAIRE SARAH HALIMI – IRRESPONSABILITÉ
PÉNALE – ABOLITION DU DISCERNEMENT CAUSÉE
PAR LA CONSOMMATION DE DROGUES**

Crim. 14 avril 2021, n° 20-83.135, publ. Bull. à venir

L'affaire Sarah Halimi a eu un tel impact médiatique que le rappel des faits et de la solution semble inutile, pourtant ils permettent d'expliquer l'émotion causée par cette décision. Kobili Traoré, consommateur habituel de cannabis depuis de nombreuses années, s'introduit dans l'appartement de sa voisine, en traversant et séquestrant les voisins de l'appartement contigu. Au cri de « Allah Akbar, c'est le sheitan (le diable), je vais la tuer » et en récitant des sourates du Coran, Traoré agresse sauvagement Sarah Halimi. L'agression dure une trentaine de minutes et s'entend parfaitement, les voisins appellent la police. Souffrant de dizaines de fractures et contusions, mais toujours en vie, la victime est défenestrée par son agresseur. Il continue à prier et à proférer des menaces et son arrestation par les policiers est mouvementée, car il oppose une farouche résistance.

Une instruction est ouverte sur la qualification d'homicide volontaire à l'égard de Sarah Halimi à laquelle est ajoutée la circonstance aggravante de faits commis à raison de l'appartenance vraie ou supposée de la victime à une race ou une religion déterminée. Si les qualifications pénales de l'infraction ou de la circonstance soulèvent peu de contestations, les discussions s'articulent autour de la question de savoir si Kobili Traoré souffrait

Actualité pénale

d'une abolition de discernement au moment des faits lui permettant d'être déclaré pénalement irresponsable. Le juge d'instruction, suivi par la chambre de l'instruction, a retenu des charges suffisantes d'avoir commis l'homicide volontaire aggravé, notamment le mobile antisémite, mais a écarté sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal. La Cour de cassation a dû prendre position sur la question de l'irresponsabilité pénale à cause d'une abolition du discernement causée par une intoxication volontaire. D'un terrain juridique classique, la question se déplace sur le terrain politique, engendrant de vives polémiques. Les revues juridiques et les auteurs se déchirent sur l'interprétation à donner à cette affaire, mais la plupart des juristes légitiment et acceptent la décision de la Cour de cassation en la considérant conforme au droit. En politique, si certains ont cristallisé l'affaire autour d'une communauté, comme M. Julien Bayou, secrétaire national des Verts, visant ouvertement la communauté juive, elle semble toucher largement l'ensemble de la population, à en juger par l'émotion populaire suscitée et par son assimilation à un véritable « permis de tuer », selon M. Gabriel Attal, porte-parole du Gouvernement. Le Président de la République a bien senti cette tendance lorsqu'il a déclaré, en début d'année, qu'il y avait « un besoin de procès dans cette affaire ». Cependant, la Justice, indépendante, impartiale et, surtout, sourde au besoin de « rendre justice » exprimé par l'opinion, a choisi de trancher à l'écart des polémiques politiques ou des pressions médiatiques. M. François Molins, Procureur général près la Cour de cassation, rappelle que les juges judiciaires appliquent la loi et se tiennent à l'écart d'autres considérations. Le Conseil Supérieur de la Magistrature descend aussi dans l'arène médiatique en affirmant que les juges sont indépendants à l'égard du pouvoir politique, mais aussi à l'égard des

Actualité pénale

pressions et émotions populaires. Les journaux, ainsi que les citoyens réunis lors de manifestations pacifiques, expriment leur incompréhension et réagissent vivement à ce qu'ils estiment comme une terrible injustice. Pour réconcilier Droit et Justice, Monsieur Eric Dupont-Moretti, garde des Sceaux, tout en défendant l'institution judiciaire, promet une réforme rapide afin de corriger l'imperfection de la loi. Quelle est donc cette imperfection révélée par l'affaire Sarah Halimi ? L'irresponsabilité pénale peut-elle résulter d'une intoxication volontaire ?

L'article 122-1, alinéa 1^{er} du Code pénal, dispose « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes » et a été salué comme une avancée majeure et une amélioration substantielle du droit. Le Code pénal de 1810 prévoyait, dans son célèbre article 64, « il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au moment de l'action ». Cette rédaction encourageait de nombreuses critiques. D'une part, le texte effaçait l'infraction en elle-même, alors que sa commission était incontestable. Or, cela pouvait avoir de lourdes conséquences dans la mesure où cela aurait permis d'exonérer de leur responsabilité pénale tous les participants à l'infraction (les coauteurs et les complices), alors même qu'un seul d'entre eux était frappé de démence. D'autre part, pourquoi limiter l'effet d'exonération aux seules catégories de crime et délit ? La contravention échappait-elle à ce régime juridique ? Enfin, le terme de « démence » n'était pas pertinent d'un point de vue médical car il ne couvrait pas l'ensemble des affections médicales qui avaient des effets sur la perception de la réalité par les individus. Afin de

Actualité pénale

corriger ces imperfections, le nouveau Code pénal a distingué au sein de l'article 122-1 deux situations distinctes matérialisées par les deux alinéas. La première, qui est la seule à retenir notre attention, constitue un trouble mental total qui fait disparaître toute responsabilité pénale, alors que la seconde atténue la responsabilité de la personne par une réduction de peine en cas de trouble mental partiel. Pourtant, la Cour de cassation vient d'infliger un sérieux revers à cette rédaction tant vantée auparavant, la condamnant à une disparition imminente dans la honte et l'opprobre.

Le mécanisme prévu à l'article 122-1, alinéa 1^{er}, repose sur trois conditions cumulatives – la personne doit être « atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuro-psychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ».

D'une part, le « trouble psychique ou neuro-psychique » est une expression large qui couvre un grand nombre de manifestations médicales. La double hypothèse légale permet de déduire que la nature et la cause du trouble sont indifférentes (notamment, le trouble neuro-psychique peut être de nature physique et causé par un accident, aussi bien que par une cause congénitale) et toutes ses manifestations sont prises en compte (un trouble général ou spécial, indépendamment du diagnostic médical, qui couvre une multitude d'hypothèses plus ou moins bien définies). Si l'éventail des manifestations médicales prises en compte est très large, le trouble reste nécessairement une maladie mentale. Le changement de terminologie opéré par le nouveau Code pénal n'a pas modifié substantiellement la substance de la cause de non-imputabilité, précision apportée, à la fois, par la circulaire d'application du nouveau Code pénal et par les auteurs ayant commenté les

Actualité pénale

nouvelles dispositions. À ce sujet, il convient de souligner que les juges sont peu armés pour suivre des avis médicaux nuancés, parfois contradictoires. En l'espèce, l'arrêt de la chambre de l'instruction essaie de voguer entre « la bouffée délirante aiguë » et « le trouble mental aliénant », sans que cela donne plus de légitimité ou d'intelligibilité à sa décision juridique.

D'autre part, le trouble doit avoir aboli le libre-arbitre de la personne au moment de l'acte. Le législateur retient une définition large en visant une double hypothèse. La personne est privée de sa capacité de comprendre l'acte – le discernement – ou de le vouloir – le contrôle de ses actes. L'emploi de la conjonction de coordination « ou » démontre que le législateur a envisagé séparément les deux hypothèses qui sont indépendantes l'une de l'autre, chacune se suffisant à elle-même. Il est essentiel de remarquer la concordance des temps employée par l'article 122-1 du Code pénal qui exige « un trouble (...) ayant aboli », ce qui signifie qu'il y a un lien de cause à effet entre le trouble et l'abolition. Le trouble précède nécessairement l'abolition du discernement et de la volonté et les deux éléments ne peuvent être examinés indépendamment l'un de l'autre.

Enfin, le trouble mental ayant aboli le discernement doit exister au moment de la commission de l'infraction. La règle de la concomitance s'explique doublement. Par la logique, la commission de l'infraction doit être la conséquence de l'abolition du discernement qui est elle-même la conséquence du trouble pour produire un effet sur la responsabilité pénale. Par le droit, car les faits doivent être qualifiés au moment de l'action, sans prendre en compte les éléments entourant la commission de l'infraction, que ce

Actualité pénale

soit en amont ou dans sa modification postérieure.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation reprend en très grande partie les constatations de la chambre de l'instruction, avec un luxe de détails qui conduit à s'interroger sur son intérêt grandissant pour les éléments factuels.

Les juges d'instruction ont conclu qu'il n'y avait pas de doute sur l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. Ces troubles, commencés dans la nuit du 2 avril 2017, ont culminé la nuit suivante avec une « bouffée délirante ». S'il y a des dissensions entre les experts, il est possible de retenir que les juges ont considéré que Kobili Traoré est entré, pour la première fois, dans une phase de psychose, et que l'augmentation des doses de cannabis avait pour objet d'apaiser ses angoisses, ce qui a aggravé le processus psychotique déjà entamé. Le point central de la décision de la Cour d'appel de Paris consiste en l'affirmation que « la circonstance que cette bouffée délirante soit d'origine exotoxique et due à la consommation régulière de cannabis, ne fait pas obstacle à ce que soit reconnue l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, puisqu'aucun élément du dossier d'information n'indique que la consommation de cannabis par l'intéressé ait été effectuée avec la conscience que cet usage de stupéfiants puisse entraîner une telle manifestation ». En d'autres mots, le fait que l'abolition du discernement soit causée par la consommation volontaire de stupéfiants ne fait pas obstacle à l'effet d'exonération de la responsabilité pénale par le jeu de l'article 122-1, alinéa 1^{er} du Code pénal.

Actualité pénale

La Cour de cassation ne pouvait pas revenir sur cette appréciation des faits et des preuves soumise au pouvoir souverain des juges du fond, en vertu d'une jurisprudence traditionnelle constante et bien établie. Le rejet du pourvoi semblait évident du point de vue de la technique juridique. Mais il convient de remarquer que la Cour de cassation va plus loin et consolide la décision des juges d'instruction puisqu'elle ajoute « En effet, les dispositions de l'article 122-1, alinéa 1^{er}, du code pénal, ne distinguent pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition de ce discernement ». L'utilisation de la locution « en effet » doit être soulignée, ayant pour synonyme « assurément » et exprime, justifie et légitime une affirmation. D'une décision de pure espèce, l'arrêt du 14 avril 2021 passe au statut d'arrêt de principe, car la Cour de cassation impose une interprétation controversée au lieu de se contenter de se pencher sur son application à l'espèce. La Cour de cassation choisit de concentrer l'irresponsabilité sur l'effet du trouble mental – l'abolition du discernement – en se détachant du trouble lui-même, ainsi que de son origine – exotoxique, ici.

Si l'affirmation de la Cour de cassation est indiscutable, l'article 122-1 ne distinguant pas selon « l'origine » du trouble, il semble que le raisonnement mis en œuvre appelle quelques observations. Outre le fait qu'il semble fonder trouble et abolition, il superpose aussi le discernement et le contrôle.

En premier lieu, si le texte exige trois conditions cumulatives, il semble que les juges les réduisent à deux, en fusionnant le trouble et son effet d'abolition du discernement. Si les connaissances médicales des juristes sont insuffisantes et ne permettent pas toujours de comprendre les expertises, il convient de souligner les

Actualité pénale

efforts de pédagogie entrepris par les juges du fond, ainsi que par le conseiller rapporteur et l'avocate générale de la Chambre criminelle dans cette affaire. Dans le sillage des expertises, ils constatent que la bouffée délirante constitue l'abolition même du discernement (« que cette bouffée délirante soit d'origine exotoxique et due à la consommation régulière de cannabis, ne fait pas obstacle à ce que soit reconnue l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes »). Or, cela s'éloigne du texte puisqu'en l'espèce le trouble et son effet, l'abolition du discernement, se confondent. La bouffée délirante constitue le point culminant se traduisant par l'abolition du discernement, mais la décision n'identifie pas le trouble en amont, qui ne peut se réduire à la consommation habituelle de cannabis. De plus, si les juges offrent le bénéfice de l'irresponsabilité à la personne poursuivie, l'identification de la cause d'irresponsabilité manque de précision. L'arrêt vise l'abolition du discernement, ce qui peut entrer en contradiction avec la caractérisation de la dimension antisémite de l'acte.

L'arrêt a retenu la commission des faits à raison de l'appartenance de la victime à la religion juive. Les nombreux éléments entourant la commission des violences – Kobili Traoré déclare s'être senti « plus oppressé après avoir vu la torah et le chandelier », « les constatations des experts selon lesquelles la connaissance du judaïsme de Mme X... a conduit la personne mise en examen à associer la victime au diable », ses incantations religieuses – démontrent incontestablement que l'auteur des faits avait la capacité d'analyser ces éléments objectivement, pour ne pas dire correctement. En effet, les symboles religieux de la victime ont permis de déduire sa religion et de déclencher une réaction à son

Actualité pénale

encontre. Il semble, dès lors, que ce ne soit pas le discernement de la victime qui soit mis en cause, mais plutôt sa volonté. Kobili Traoré n'avait pas la capacité de contrôler ses actes et ne pouvait plus opposer de résistance à ses pulsions criminelles antisémites. L'utilisation de l'une ou de l'autre de ces hypothèses d'abolition n'a pas de conséquence juridique, dans la mesure où elles sont indépendantes l'une de l'autre et chacune suffit à déclencher l'effet exonératoire de responsabilité. Mais cela montre à quel point il est difficile de manier l'abolition en l'absence d'un trouble mental clairement identifié et la complexité de la situation appréhendée par les juges. Le pourvoi a clairement exploité cette apparente contradiction entre « l'existence de charges suffisantes de commission des faits à raison de l'appartenance de la victime à la religion juive ce dont il résultait que l'auteur des faits avait conscience de donner à son acte un mobile antisémite tout en jugeant néanmoins l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ».

La question principale posée par cet arrêt porte sur le fait de savoir si l'abolition du discernement causée par une intoxication volontaire peut exonérer l'auteur d'une infraction de sa responsabilité pénale. Le trouble mental est une cause d'irresponsabilité fondée sur la non-imputabilité, car il se rattache au libre-arbitre et à la conscience de la personne, mais il exprime l'idée commune qu'il n'est pas possible de retenir la responsabilité pénale d'une personne qui a été contrainte, par sa propre personne ou par la situation, à commettre l'infraction. Dès lors, se pose la question de savoir si la conduite de l'individu, plus particulièrement, une faute antérieure pourrait

Actualité pénale

remettre en cause l'exonération de responsabilité. La Cour de cassation se détache résolument de la prise en compte des éléments antérieurs à l'abolition du discernement.

Le trouble mental (122-1) présente une proximité juridique (d'ailleurs, les articles se suivent dans le Code pénal) et logique avec la contrainte (122-2, Code pénal), plus particulièrement avec la contrainte physique interne. Par exemple, une personne qui a un malaise et qui produit un accident de la circulation subit une contrainte physique interne qui peut l'exonérer de sa responsabilité lorsqu'elle est imprévisible et irrésistible. Le trouble mental est, en quelque sorte, une hypothèse particulière prise en compte par le droit pénal. Or, il est possible de remarquer que la jurisprudence de la Cour de cassation impose une condition supplémentaire à la contrainte, qui ne figure pas à la lettre de l'article 122-2 du Code pénal, qui est l'absence de faute antérieure. Ainsi, le marin poursuivi pour désertion, alors qu'il n'a pas pu regagner son navire pour cause d'ivresse, ne peut arguer d'une contrainte (Crim. 29 janvier 1921, S. 1922, 1, p. 185, note ROUX.). De par la faute antérieure commise, la contrainte est devenue prévisible et ne peut plus produire son effet exonératoire en droit pénal. De même, le client d'un hôtel fortement alcoolisé, après avoir agressé sexuellement une employée, est placé en cellule de dégrisement où il choisit de se masturber à la vue des policiers chargés de le garder. Bien qu'il soit en état d'ébriété avancé, ce qui a déterminé les policiers à différer la notification des droits car il ne pouvait les comprendre, il est condamné pour exhibition sexuelle « dès lors que l'état d'ivresse du prévenu, s'il a justifié le report de la notification de ses droits lors de sa garde à vue, faute de lucidité suffisante pour en comprendre le sens et la portée, ne constitue pas, en soi, une cause

Actualité pénale

d'irresponsabilité pénale » (Crim. 21 juin 2017, n° 16-84.158). La faute antérieurement commise, à savoir une intoxication volontaire, ne lui permet plus de se prévaloir de la contrainte puisqu'il s'est volontairement placé dans la situation de devoir violer la loi. La Cour de cassation manifeste une grande sévérité en la matière.

L'appréciation de la condition de la faute antérieure est controversée et les travaux entourant l'arrêt du 14 avril 2021 sont une mine d'informations faisant un point complet sur les positions exprimées par différents auteurs, les décisions rendues à ce sujet et les éléments de droit comparé. Le rapport présenté par Monsieur le Conseiller Guéry, ainsi que les conclusions de Madame l'Avocate générale Zientara, penchent dans le sens d'une innocuité de la faute antérieure dans le cadre du trouble mental. Si la position de la Cour de cassation en la matière n'est pas claire, ce que les deux hauts magistrats admettent, il leur semble que la lettre de l'article 122-1 ne permet pas de distinguer si l'abolition du discernement est la conséquence d'un trouble subi ou d'une intoxication choisie par la personne même qui en souffre. Dès lors, en s'abritant derrière une interprétation stricte, dans le sens le plus restrictif du terme, ils proposent d'accorder le bénéfice de l'irresponsabilité à celui qui a provoqué l'abolition du discernement par une intoxication volontaire.

Cette décision, pourtant saluée et approuvée par une partie de la doctrine, appelle plusieurs observations.

D'une part, il est étonnant de constater la soumission excessive de la Cour de cassation à la lettre de la loi. À l'heure où elle revendique une dimension normative croissante en régulant l'application des règles jurisprudentielles générales dans le temps, où elle occupe une place éminente dans le cadre du dialogue instauré entre les

Actualité pénale

juridictions « suprêmes » internes et européennes, où elle exprime une voix forte dans le cadre de la politique pénale, cette application servile du Code pénal opère une rupture d'attitude. Loin semble le temps où la Cour de cassation imposait la théorie des infractions clandestines en permettant le report du point de départ de la prescription des infractions occultes ou dissimulées en forçant le législateur à modifier la loi au terme d'un bras de fer durant plusieurs décennies, ou encore l'admission des violences morales, l'interprétation libre du préjudice et tellement d'autres exemples.

D'autre part, lorsque la lettre du texte ne donne pas une solution claire, le juge cherche dans la « *ratio legis* », la raison d'être du texte, son esprit. La cause d'irresponsabilité, depuis son origine, le Code pénal de 1810, et cela a été affirmé avec force et clarté, par l'ensemble de la doctrine en 1992 ou lors des commentaires accompagnant l'adoption de la loi du 25 février 2008, veut empêcher que l'on punisse « les fous ». À l'époque de Napoléon, on aurait posé la question de savoir si les « ivrognes » doivent être considérés comme « fous ». Juridiquement, l'ivresse qui abolit le consentement doit-elle être assimilée à une maladie mentale ? Aujourd'hui, la question devient plus vaste. La consommation d'alcool, de drogues, mais aussi de médicaments, de gaz hilarant, d'autres produits, peut-elle être assimilée à la cause d'irresponsabilité de l'article 122-1 ? Même si elle abolit le discernement, peut-elle être considérée comme un trouble ?

Le pourvoi développait un ensemble d'arguments permettant d'établir le caractère fautif de la consommation de stupéfiants. D'une part, elle est prohibée en elle-même par l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique sous la forme d'un délit encourant un an d'emprisonnement. D'autre part, elle constitue une circonstance

Actualité pénale

aggravante lorsqu'elle peut avoir un effet moteur dans la commission d'une autre infraction. L'exemple le plus connu est celui des infractions involontaires commises lors de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur prévu à l'article 221-6-1 du Code pénal.

Aussi étonnant que cela puisse paraître, la réponse de la Cour de cassation va à l'encontre de ces arguments tirés de la cohérence de l'ensemble répressif. Elle affirme que « les dispositions de l'article 122-1, alinéa 1^{er}, du code pénal, ne distinguent pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition de ce discernement », permettant à la personne de tirer profit de cette circonstance. Or, ce faisant, elle confond la cause et l'effet du fait générateur d'irresponsabilité pénale. L'article 122-1 impose l'origine de l'abolition du discernement qui est le trouble. L'abolition du discernement n'en est que l'effet. Or, si l'effet est défini de façon générale par le législateur – abolition du discernement –, tel n'est pas le cas de la cause, qui doit nécessairement être un trouble psychique ou neuro-psychique qui se confond difficilement avec une intoxication volontaire exotoxique. C'est tout le paradoxe de la décision de la Cour de cassation qui fonde son raisonnement exclusivement sur l'abolition du discernement et s'intéresse de façon marginale au « trouble » qui constitue, pourtant, la cause d'irresponsabilité.

De surcroît, les juges n'écartent pas totalement la prise en compte de la faute antérieure, dans la mesure où ils considèrent que l'appréciation de la cause d'irresponsabilité aurait été différente si « la consommation de cannabis par l'intéressé a(va)it été effectuée avec la conscience que cet usage de stupéfiants puisse entraîner une telle manifestation ». En d'autres mots, si la consommation

Actualité pénale

d'alcool ou de cannabis est destinée à donner du courage à une personne pour commettre l'infraction, sa responsabilité pénale serait maintenue. Dans ce cas, la faute antérieure de l'absorption de ces substances paralyserait le bénéfice de l'exonération. Cette position n'est pas sans poser de problèmes car elle crée de nombreuses confusions. D'une part, la consommation de stupéfiants est une infraction et nul n'est censé ignorer la loi. Son caractère interdit est tiré de son caractère dangereux pour la santé. Cette décision prive l'interdiction légale de légitimité. D'autre part, cette solution s'applique-t-elle aussi à l'alcool ? Certainement et plus facilement car, si la consommation de stupéfiants est légalement interdite, tel n'est pas le cas pour l'alcool. Certes, les juges visent ici l'excès de consommation, qui fait perdre toute conscience. Mais comment définir la proportion ? Si la personne commence par une légère consommation mais que la conscience altérée conduit à en absorber de plus en plus, est-ce que cela est une faute ? Est-ce que c'est une altération partielle ou une abolition totale de discernement ? Mais en poussant le raisonnement des juges, la consommation de stupéfiants n'est pas une faute en elle-même, mais la conscience qu'elle pourrait entraîner des effets sur le discernement pourrait l'être. Dès lors, si une personne consomme des stupéfiants pour se donner du courage et commettre un vol mais que la désinhibition totale obtenue la pousse à violer et tuer les éventuels occupants de la maison cambriolée, peut-on considérer qu'il s'agit d'une conscience de consommation ou d'une conscience de l'abolition de discernement, puisque le texte ne distingue ni l'origine du trouble ni ne délimite ses effets sur le processus criminel ? Indépendamment de tout jugement moral, cette situation devient difficile à comprendre et encore plus difficile

Actualité pénale

à accepter.

La décision de la Cour de cassation pose plus de questions qu'elle n'en règle. D'ailleurs, sa position frileuse s'explique en grande partie par sa volonté de pousser le législateur à réagir et à adopter une loi. Et elle a été entendue. Monsieur Eric Dupond-Moretti, garde des Sceaux, a annoncé un projet de loi pour distinguer la situation juridique « des fous », qu'il est impossible de juger, de ceux qui ont consommé des psychotropes et ont déclenché une crise de folie. Pourtant, l'ancienne garde des Sceaux, Madame Nicole Belloubet, avait commandé un rapport parlementaire sur l'application de l'article 122-1 du Code pénal au regard de l'affaire Sarah Halimi. Messieurs Philippe Houillon et Dominique Raimbourg, parlementaires et anciens présidents de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, l'ont achevé en février 2021, mais il a été décidé de différer sa communication publique à une date ultérieure à l'arrêt rendu par la Cour de cassation. Présenté officiellement le 23 avril 2021, il conclut à l'inutilité de réforme sur l'article 122-1 du Code pénal mais formule un certain nombre de recommandations visant plus particulièrement l'expertise psychiatrique, aux mesures d'instruction, aux mesures de soins sans consentement, à une simplification de la procédure. L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 14 avril 2021 et les réactions suscitées rendent le *statu quo* impossible et la réforme nécessaire. Consolation *post mortem* pour la victime de cette affaire, le garde des Sceaux voudrait baptiser la loi du nom de Sarah Halimi et présentera un projet fin mai 2021. Il ne reste plus qu'à espérer qu'il n'y ait pas de nombreux faits commis dans ce même état dû à la consommation de stupéfiants à juger avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi...

Actualité pénale

INFRACTIONS SEXUELLES SUR MINEURS

LOI n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, J.O. 22 avril 2021

La loi relative aux infractions sexuelles sur mineurs a été adoptée à la suite de nombreux scandales dans le cadre de la libération de la parole des enfants victimes d'incestes et d'autres infractions sexuelles. Son parcours a été émaillé d'affaires médiatisées de rapports sexuels imposés à des jeunes enfants, sans qu'il y ait possibilité de qualification pénale, et a culminé avec la publication du livre *La familia grande* de Camille Kouchner.

À l'origine de la loi du 21 avril 2021, il y a une proposition de loi déposée par un groupe de sénateurs mené par Madame Annick Billon, le 26 novembre 2020, ayant pour objet d'interdire de manière absolue tout acte sexuel entre un majeur et un mineur de 13 ans, considérant que « la notion de consentement, déjà complexe lorsque la victime est un adulte, n'a tout simplement pas sa place dans le débat lorsque la victime est particulièrement jeune ». Le texte s'est enrichi, complexifié et affermi au fur et à mesure de son parcours parlementaire, puisque le gouvernement a profité de ce texte pour effectuer une grande réforme des infractions sexuelles commises sur mineurs et la prise en compte particulière de l'inceste.

Le premier article de la loi modifie les qualifications pénales des infractions sexuelles en prenant en compte le contexte particulier de l'infraction. La modification est annoncée dès l'intitulé de la section qui n'est plus limitée aux agressions sexuelles, mais vise :

Actualité pénale

« Du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles ». Avant d'exposer les nouvelles catégories d'agressions sexuelles, il est intéressant de formuler deux observations. La première porte sur l'énumération choisie par le législateur dans l'intitulé de la section – viol, inceste, agressions sexuelles – qui suscite des interrogations. Quel est le critère retenu par le législateur lors du choix de la formule ? Il ne semble pas s'agir de l'analyse juridique des infractions puisque dans ce cas, il aurait fallu commencer par les agressions sexuelles et, ensuite, le viol. En effet, le viol fait partie de la catégorie des agressions sexuelles, mais se caractérise par une pénétration sexuelle. Il ne semble pas s'agir non plus de la gravité de l'acte. Dans ce cas, il aurait fallu commencer par l'inceste qui aggrave le viol et terminer par les agressions sexuelles. La deuxième observation souligne un affichage clair de l'inceste au sein des infractions sexuelles après une reconnaissance légale difficile et semée d'embûches.

La loi du 21 avril 2021 a maintenu les distinctions traditionnelles au sein des infractions sexuelles, mais a considérablement modifié leur contenu et les éléments constitutifs des infractions en soulignant, à la fois, le caractère général des interdits, mais aussi le contexte particulier de certaines situations.

Le nouveau Code pénal de 1992 a divisé les infractions sexuelles en deux grandes catégories.

D'une part, les atteintes sexuelles sont constituées par un comportement de nature sexuelle, indépendamment du consentement de la victime, raison pour laquelle ces infractions étaient limitées aux mineurs. Le comportement sexuel imposé par un majeur à un mineur de quinze ans recevait automatiquement la

Actualité pénale

qualification pénale, alors que pour les mineurs de plus de quinze ans et de moins de dix-huit ans, l'auteur devait être un ascendant ou une personne ayant autorité de droit ou de fait sur la victime.

D'autre part, les agressions sexuelles étaient des atteintes sexuelles imposées contre le consentement de la victime, raison pour laquelle elles s'accompagnaient nécessairement d'une coercition qui était matérialisée par une violence physique ou morale (contrainte, menace, surprise). La difficulté venait de ce que le jeune âge de la victime, présumant d'une absence ou d'une imperfection de consentement, puisque cette dernière était dotée d'un discernement amoindri, n'était pas expressément pris en compte. Après des polémiques et plusieurs réformes aux résultats plus ou moins efficaces, le législateur prend enfin en compte la minorité dans le cadre de la définition juridique des agressions sexuelles. Mais, en même temps, il maintient la distinction classique qui sépare le viol des autres agressions sexuelles et qui repose sur l'existence d'une pénétration sexuelle.

La réforme garde les distinctions traditionnelles, mais modifie le contenu des différentes catégories. Ainsi, la pénétration sexuelle reste le critère de distinction entre le viol et les autres agressions sexuelles et la prise en compte des qualités des protagonistes est déclinée, selon un système de qualification juridique parallèle, aux deux catégories.

Le premier paragraphe de la section est modifié, car son intitulé ne vise plus exclusivement le viol, mais aussi le viol incestueux, et se trouve enrichi de plusieurs articles qui contiennent plusieurs types de viol.

La première catégorie repose sur le viol dans son acception

Actualité pénale

classique, défini à l'article 222-23 du Code pénal qui est modifié une nouvelle fois. Le nouveau Code pénal a défini le viol comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise ». La définition large permettait ainsi d'appréhender tous les rapports physiques commis « par le sexe ou dans le sexe », selon la jurisprudence, mais s'est heurtée à une difficulté qui était celle de la fellation effectuée par l'auteur et subie par la victime. Cet acte sexuel n'étant pas effectué « sur la personne d'autrui » ne permettait pas la qualification pénale. Afin d'échapper à cette difficulté, la loi du 3 août 2018 a modifié l'article en prévoyant de punir les actes de pénétration sexuelle sur la personne d'autrui, mais aussi « sur la personne de l'auteur ». La loi du 21 avril 2021 a voulu faire preuve d'une plus grande précision en visant expressément « tout acte bucco-génital ». Il ne semble pas que cette modification affecte le droit positif. Elle ne permet pas d'élargir le champ d'application de l'article. Au contraire, elle peut présenter le risque de le limiter lorsque de nouvelles dérives apparaîtront et qu'il faudra compléter la liste désormais ouverte par la loi du 21 avril 2021.

Si l'absence de consentement est toujours matérialisée par l'usage de la violence, par la contrainte, la menace ou la surprise, la nouvelle loi a modifié, à la marge, la définition de la contrainte morale. L'article 222-22-1 a été introduit dans le Code pénal par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, précisant que la contrainte pouvait être, à la fois, physique ou morale. Cette dernière était définie comme pouvant « résulter de la différence d'âge

Actualité pénale

existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». L'alinéa 3, ajouté en 2018, précise que « lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes ». La minorité de quinze ans contient intrinsèquement une présomption de vulnérabilité de par l'absence de discernement due au jeune âge de la victime. L'emploi des termes par le législateur indique clairement qu'il s'agit d'une présomption permettant la qualification pénale. La contrainte morale ou la surprise sont « caractérisées » en raison de « l'abus » subi par la victime en raison de son jeune âge. Il ne s'agit pas seulement de la faculté offerte aux juges d'exploiter des éléments factuels dont « peuvent résulter » la contrainte ou la surprise, comme dans l'alinéa 2. Le caractère impératif de la qualification de l'alinéa 3 se substitue au contexte interprétatif de l'alinéa 2. Cependant, la loi de 2018 a refusé de retenir le jeune âge de la victime comme élément constitutif des infractions sexuelles. En vertu d'une jurisprudence constante, convergente et bien établie, les juridictions nationales et européennes à vocation normative interdisent les présomptions irréfragables en droit pénal. Or, l'utilisation d'un seuil d'âge en droit pénal constitue un élément indiscutable et pourrait tomber sous le coup de cette interdiction.

La loi du 21 avril 2021 a choisi de prendre ce risque et d'ériger l'âge en élément constitutif de l'infraction, retenant une qualification autonome. Elle a aussi apporté une modification marginale à l'article 222-22-1 du Code pénal qui n'exige plus que l'auteur de la contrainte exerce une autorité sur la victime, mais se contente simplement du

Actualité pénale

fait qu'il la possède. Ainsi, le verbe « exerce », caractérisant une participation active, est remplacé par le verbe « a », visant une situation légale, et élargit *de facto* le champ d'application de la qualification pénale.

La deuxième catégorie de viol constitue une modification majeure apportée par le texte qui porte création d'une nouvelle infraction autonome définie à l'article 222-23-1 du Code pénal : « constitue également un viol tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans ». Cette nouvelle infraction déroge à la distinction classique selon laquelle l'existence du consentement écarte la caractérisation de l'agression sexuelle, donc du viol, pour privilégier l'atteinte sexuelle qui ne la prend pas en compte dans le cadre de ses éléments constitutifs. Si la pénétration sexuelle reste le critère majeur du viol, avec la prise en compte spécifique des actes bucco-génitaux ajoutés par la loi du 21 avril 2021, la substitution de critères objectifs d'âge à l'absence de consentement modifie la philosophie de l'infraction. D'une atteinte à la liberté sexuelle, le viol devient une atteinte à l'intégrité physique constituée par la prise en compte d'une caractéristique intrinsèque de la victime. La technique utilisée par le législateur évolue, car d'un élément constitutif soumis à l'appréciation des juges, le consentement de la victime, le viol est caractérisé par des éléments objectifs et intrinsèques tenant à l'âge des protagonistes de l'infraction.

Ce nouveau type de viol repose sur trois éléments spécifiques :

Actualité pénale

l'auteur est nécessairement un majeur, la victime est nécessairement un mineur de quinze ans, un élément supplémentaire qui repose alternativement sur un ascendant moral ou sur un ascendant économique. Il convient de souligner que la question du consentement, manifestation du discernement, ne se pose plus puisque le texte appelle une qualification automatique appréhendant une relation sexuelle illégale.

Les deux alinéas de l'article 222-23-1 tiennent compte d'un rapport de force déséquilibré entre un majeur et un mineur de quinze ans dans lequel l'auteur tire un profit excessif d'un ascendant moral ou d'un ascendant économique.

L'ascendant moral est soumis à un calcul qui est nécessaire pour s'assurer qu'il y a une véritable domination de l'auteur sur la victime, matérialisé par une différence d'âge supérieure à cinq ans. Cette clause baptisée romantiquement par rapport à la douce référence « Roméo et Juliette » permet de préserver la liberté des mineurs entre eux, quel que soit leur âge. Mais cela permet aussi à des mineurs, dont un des partenaires serait devenu majeur, de poursuivre une relation. Mais cette hypothèse n'est pas la seule et se trouve complétée par la prise en compte de l'ascendant économique.

Si les paramètres de l'âge constituent la condition *sine qua non* de l'infraction, en revanche, la condition de la différence de cinq ans peut être paralysée « si les faits ont été commis en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage ». L'ascendant moral de l'âge est remplacé ici par un ascendant matériel permettant d'exploiter la même inspiration qui est celle de punir un abus dans un rapport de force déséquilibré. Il est possible

Actualité pénale

de remarquer que l'avantage matériel peut être effectif, mais aussi éventuel, puisque le texte tient compte de la promesse. Ce n'est pas tant la contrepartie qui est visée par le texte, que le déséquilibre causé par l'illusion qu'elle crée. Si le législateur a employé le terme « en échange », qui renvoie souvent au partage dans la réciprocité, il convient de l'entendre ici dans le sens d'un affrontement inégal créant un abus.

Le viol commis par un majeur sur mineur de quinze ans constitue une infraction plus grave punie de vingt ans de réclusion criminelle. La gravité supérieure est justifiée par la vulnérabilité intrinsèque du mineur de quinze ans, vulnérabilité due à son jeune âge, mais aussi et surtout, en raison du rapport déséquilibré établi entre l'auteur, qui en tire profit, au détriment de sa victime.

Cette modification majeure de la technique juridique de qualification, mais aussi de l'inspiration répressive des infractions sexuelles est déclinée dans le cadre de la catégorie des agressions sexuelles à laquelle le viol appartient.

Si les agressions sexuelles restent définies comme des atteintes sexuelles commises avec « violence, contrainte, menace ou surprise », conformément à la définition antérieure, elles s'enrichissent aussi des atteintes sexuelles commises « sur un mineur par un majeur », nouvelle hypothèse ajoutée par la loi. Mais la catégorie désignée par le Code pénal comme « les autres agressions sexuelles » par rapport au viol s'insère dans un ensemble répressif qui a été retouché par la loi du 21 avril 2021 pour assurer une cohérence juridique.

Depuis la loi de 2021, il existe donc deux grandes catégories

Actualité pénale

d'autres agressions sexuelles passibles de peines différentes, selon une subtile gradation de gravité consacrée par le législateur.

La première grande catégorie se compose des agressions sexuelles classiques punies de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende qui sont des atteintes sexuelles commises avec violence, contrainte, menace ou surprise, à l'exclusion d'un viol (article 222-27, Code pénal). Leur répression peut être aggravée et portée à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende en cas de circonstances aggravantes des articles 222-28 (ITT supérieure à 8 jours, lésion, blessure, réunion, arme, conjugalité, utilisation d'un réseau électronique, commission par ascendant ou personne ayant autorité, ou par une personne en état manifeste d'ivresse ou emprise manifeste de stupéfiants, etc.) et 222-29 (particulière vulnérabilité) du Code pénal. Les peines peuvent être portées à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende en cas de combinaison des deux cas d'aggravation précédents.

S'inscrit dans la même catégorie l'agression sexuelle imposée à un mineur de quinze ans avec violence, contrainte, menace ou surprise punie de dix ans d'emprisonnement, selon l'article 222-29-1 du Code pénal. Même si ce dernier émane de la loi du 21 avril 2021, cette agression reste classique dans sa structure, car elle repose sur l'absence de consentement.

On y trouve aussi le comportement défini à l'article 222-22 du Code pénal, appelé généralement par la jurisprudence comme l'agression sexuelle pour autrui, qui consiste dans « le fait d'imposer à une personne, par violence, contrainte, menace ou surprise, le fait de subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers ou de procéder sur elle-même à une telle atteinte ». La loi du 21 avril 2021 l'a étendue de l'atteinte sexuelle émanant d'un tiers au fait que la victime elle-

Actualité pénale

même procède à l'acte. Se trouvent incontestablement visées les hypothèses de fellations et masturbations auxquelles la victime s'adonnerait. Ce type d'agression sexuelle est très peu utilisé par les juges car il suscite de nombreux conflits de qualification avec le viol, le proxénétisme, la traite des êtres humains, etc.

La deuxième catégorie introduite par la loi du 21 avril 2021 comprend les agressions sexuelles sur mineur de quinze ans par majeur et applique la nouvelle technique de définition fondée sur l'âge essentiellement. L'article 222-29-2 du Code pénal les définit clairement, mais de manière complexe, à la fois par référence, par exclusion et par précision des éléments constitutifs : « Hors le cas prévu à l'article 222-29-1, constitue également une agression sexuelle punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans ». La référence permet de renvoyer au comportement générique de l'atteinte sexuelle, socle de l'infraction sexuelle. La double exclusion formulée par le texte distingue cette nouvelle agression sexuelle, de façon apparente, du viol, ce qui est naturel en raison de l'absence de pénétration sexuelle, mais aussi, de façon implicite, des autres agressions sexuelles qui reposent sur la « violence, contrainte, menace, surprise ». Dès lors, son caractère hybride saute aux yeux. Puisqu'elle est commise sans « violence, contrainte, menace ou surprise », elle s'apparente à une atteinte sexuelle, mais est rattachée par la loi à la catégorie des agressions sexuelles en raison de la qualité des protagonistes et, plus particulièrement, de la triple condition déjà utilisée dans le cadre des viols. Si l'auteur est

Actualité pénale

nécessairement majeur et la victime nécessairement mineure de quinze ans, leurs qualités intrinsèques doivent être complétées, soit par l'ascendant moral tiré d'une différence d'âge de cinq ans (alinéa 1^{er}), soit par l'ascendant économique tiré « d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage ».

Si la problématique de l'inceste croise souvent celle des victimes mineures d'agressions sexuelles, elles ne se confondent pas et l'inceste s'affirme à titre autonome dans la loi du 21 avril 2021.

Les viols et les agressions sexuelles s'enrichissent d'une nouvelle catégorie consacrée exclusivement à l'inceste. Jusqu'à une époque récente, le code pénal ne contenait pas d'incrimination particulière consacrée à l'inceste. La seule prise en compte de cette situation particulière pouvait se faire à travers l'application des circonstances aggravantes de minorité de quinze ans de la victime ou d'autorité de l'auteur. Le fait que ces causes d'aggravation étaient générales et l'exigence de caractériser les éléments de violence, contrainte, menace ou surprise dans le cadre du viol et des agressions sexuelles, éléments qui sont très difficiles, pour ne pas dire impossibles, à caractériser dans le cadre familial où la pression découle du contexte lui-même et d'une proximité transformée en promiscuité, rendait la prise en compte judiciaire de l'inceste très rare.

Afin de neutraliser cette incapacité du droit à saisir l'inceste, la loi 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux a introduit un nouvel article 222-31-1 disposant « les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur

Actualité pénale

la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait », et y consacre un nouveau paragraphe dans le Code pénal. La technique législative utilisée consiste à introduire une surqualification incestueuse qui vient prendre appui sur les infractions de viol et agressions sexuelles existantes. Par une décision du 16 septembre 2011 (n° 2011-163-QPC), le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 222-31-1 du Code pénal inconstitutionnel avec effet immédiat pour méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines en raison de l'emploi du terme « famille » qui est entaché d'imprécision, car il ne permet pas de connaître de manière certaine qui peut être considéré comme susceptible d'être l'auteur de cette infraction.

Pour combler la lacune causée par la décision du Conseil constitutionnel, la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a réintroduit l'article 222-31-1 dans une nouvelle rédaction. La même technique de la surqualification est retenue, puisque la loi considère comme « incestueux » les viols et agressions sexuelles commis sur un mineur par un ascendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ou le conjoint, concubin ou partenaire dans le cadre d'un pacte civil de solidarité d'une de ces personnes si elle a une autorité de droit ou de fait sur le mineur. La loi évite ainsi toute référence à la famille, même si elle s'en inspire profondément – la liste des personnes susceptibles de commettre l'infraction prend en compte les liens de filiation mais aussi la réalité sociale puisque sont visés les parents, mais aussi les personnes qui y sont liées pour répondre aux nouvelles réalités sociales des familles décomposées et

Actualité pénale

recomposées. Cependant, si les liens de sang sont incontestables et entraînent la qualification automatique de l'inceste, les liens sociaux créés dans le cadre des nouvelles compositions familiales sont soumis à une condition supplémentaire qui est celle de l'autorité de l'auteur sur la victime.

La loi du 3 août 2018 maintient la surqualification de l'inceste mais choisit d'étendre son domaine d'application par une modification hautement symbolique.

La loi supprime la référence aux mineurs, aussi bien dans l'intitulé du paragraphe, que dans l'article 222-31-1. Mais toutes ces modifications symboliques ne peuvent masquer l'échec de la qualification pénale et la difficulté du droit pénal à appréhender ces comportements. L'élément central de la qualification pénale reste l'absence de consentement et la preuve la violence, contrainte, menace, surprise qui constituent la difficulté majeure sur laquelle se brisent les bonnes volontés de politique pénale.

La loi du 21 avril 2021 rompt avec la technique juridique de la surqualification incestueuse et consacre une nouvelle catégorie d'infractions sexuelles incestueuses qui se caractérisent par des éléments différents de ceux des infractions génériques auxquelles ils s'apparentent. L'article 222-23-2 du Code pénal, création de la nouvelle loi, dispose « Hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue un viol incestueux tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait ». Sur le même modèle, l'article 222-29-3 du Code pénal crée les agressions sexuelles incestueuses. La nouvelle

Actualité pénale

technique législative appelle plusieurs observations.

D'une part, les viols et agressions sexuelles incestueux se définissent parallèlement aux infractions génériques de viol et d'agressions sexuelles. S'ils partagent certains éléments constitutifs, ils présentent des caractéristiques fortes qui permettent de les ériger en une nouvelle catégorie autonome d'infractions sexuelles. La distinction entre les viols et agressions sexuelles incestueux se fonde sur le critère classique de la pénétration sexuelle à laquelle la nouvelle loi a ajouté l'acte bucco-génital. Mais la loi du 21 avril 2021 rompt irrémédiablement avec la logique classique de qualification des agressions sexuelles en renonçant à toute prise en compte du consentement. Nulle référence n'est faite à la violence, contrainte, menace ou surprise dans la mesure où la qualification pénale repose ici exclusivement sur les qualités des protagonistes de l'infraction. La victime de l'infraction est nécessairement un mineur. Il convient de souligner le fait que l'inceste s'adosse ici à la seule minorité, sans une restriction de son domaine d'application à la minorité de quinze ans comme c'est le cas dans le cadre des agressions sexuelles fondées sur des relations illégales entre un majeur et un enfant de moins de quinze ans. L'auteur de l'infraction est nécessairement un majeur, mais cette qualité intrinsèque est complétée par une qualité légale – un ascendant ou une personne figurant à la liste de l'article 222-22-3 « ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait ». La désignation de l'auteur est précise pour répondre aux critiques formulées par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2011 et éviter une déclaration d'inconstitutionnalité, mais la formule n'est pas exempte d'interrogations.

D'autre part, il convient de se montrer particulièrement attentif à

Actualité pénale

l'articulation des définitions spéciales incestueuses avec la définition générale des personnes susceptibles de tomber sous le coup de cette qualification. Avec la loi du 21 avril 2021, le Code pénal s'enrichit d'un nouvel article 222-22-3, qui n'est pas une véritable création puisqu'il s'agit, en majeure partie, de la reprise de la définition des viols et agressions sexuelles incestueux qui étaient auparavant définis à l'article 222-31-1, introduit par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, lui-même réécrit à la suite de la censure constitutionnelle du dispositif issu de la loi du 8 février 2010. À la liste existante (ancien article 222-31-1) comprenant les ascendants, les frères, sœurs, oncles, tantes, neveux, nièces, ou conjoint, concubin, partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une de ces personnes, la loi de 2021 a ajouté « un grand-oncle, une grand-tante ». Pour une parfaite coordination, l'article 222-31-1 a disparu et le troisième paragraphe de cette section se trouve considérablement appauvri puisqu'il se réduit à un article unique tirant les conséquences de la qualification incestueuse sur l'autorité parentale, sans que cela n'emporte de conséquences majeures.

Enfin, la modification majeure apportée par la loi du 21 avril 2021 est de reconnaître enfin l'inceste en tant qu'infraction autonome. Le consentement n'est plus pris en compte dans le cadre des éléments constitutifs de l'infraction. Le contexte particulier incestueux finit par bénéficier d'une reconnaissance légale. Désormais, existent trois catégories de viols et d'agressions sexuelles. La première catégorie traditionnelle se caractérise par l'absence de consentement. La deuxième catégorie est une catégorie de rapports illégaux entre mineurs de quinze et majeurs lorsqu'il y a une différence d'âge de plus de cinq ans ou une contrepartie. La troisième catégorie est la

Actualité pénale

catégorie des incestes qui reposent sur la prise en compte des liens de parenté et d'autorité entre l'auteur et sa victime. Ces deux dernières catégories sont punies de peines aggravées, car portant sur des mineurs, assimilés à des victimes d'une particulière vulnérabilité par la philosophie pénale, qu'il s'agisse des viols ou des agressions sexuelles.

La loi du 21 avril 2021 choisit d'opérer des modifications techniques, mais aussi des modifications symboliques. Ainsi, la section V, « De la mise en péril des mineurs », du chapitre VII consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille se compose désormais de deux paragraphes distincts. Si le premier est consacré à la « mise en péril de la santé et de la moralité des mineurs » et reste fidèle à sa version précédente, le second visant plus précisément les « infractions sexuelles commises contre les mineurs » est modifié de manière plus substantielle et s'ouvre par un nouvel article 227-21-1 du Code pénal disposant « Les infractions de nature sexuelle pouvant être commises sur des mineurs sont prévues au présent paragraphe, sans préjudice des dispositions de la section 3 du chapitre II du présent titre réprimant les viols, les agressions sexuelles, l'inceste, l'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel, qui peuvent être également commis au préjudice de victimes mineures ».

La mise en cohérence la plus importante concerne les atteintes sexuelles qui restent le socle sur lequel viennent s'appuyer les agressions sexuelles.

L'article 227-25 du Code pénal est désormais rédigé ainsi « Hors les

Actualité pénale

cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, le fait, pour un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende » apportant une double modification de la philosophie et de la répression de ces infractions. La répression est élevée d'un degré sur l'échelle des peines correctionnelles, car elle passe de cinq ans d'emprisonnement à sept ans, montrant une volonté de sévérité dans le traitement de ce type de délinquance. Mais la modification la plus importante porte sur l'appréhension des atteintes sexuelles. On peut remarquer, en premier lieu, que le législateur ne définit toujours pas précisément le comportement puni par cette incrimination. Ensuite, on peut voir l'évolution des deux catégories d'atteintes sexuelles qui se distinguaient par la prise en compte de l'âge de la victime. D'un côté, les atteintes sexuelles sur mineur de quinze ans étaient constituées par des actes sexuels exclusivement commis par des majeurs, alors qu'à l'égard des mineurs de plus de quinze ans, l'auteur devait nécessairement être un ascendant ou une personne ayant autorité sur la victime.

Auparavant, l'article 227-25 déterminait l'atteinte sexuelle comme « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle » sur mineur de quinze ans. Ainsi, le rapport sexuel interdit recevait une qualification pénale automatique puisque les éléments caractéristiques des agressions sexuelles, l'absence de consentement, étaient exclus. Mais cette technique de qualification pénale est désormais partagée avec les agressions sexuelles. En effet, certains viols et agressions sexuelles peuvent être exercés sans que la question du consentement ou de son absence se pose et une des hypothèses vise les rapports

Actualité pénale

illégaux avec des mineurs de quinze ans. Afin d'éviter les conflits de qualification, l'article limite les atteintes sexuelles aux comportements résiduels des viols et agressions sexuelles. Le rapport de force entre ces deux catégories de qualification change et le centre de gravité se déplace en faveur des agressions sexuelles. Les juges qualifieront le viol ou l'agression sexuelle et ce n'est que dans l'hypothèse dans laquelle une de ces deux qualifications ne pourrait pas être retenue qu'ils pourraient se déporter sur l'atteinte sexuelle, ce qui appelle deux observations.

D'une part, comme les agressions sexuelles reposent désormais sur des rapports sexuels illégaux en raison de l'âge de l'auteur et de la victime, la qualification devient très aisée. La correctionnalisation judiciaire qui était déplorée et critiquée et qui permettait de traiter judiciairement des agressions sexuelles commises sur mineurs comme des atteintes sexuelles devrait s'inverser et cette qualification pénale devrait devenir subsidiaire. Le critère de distinction entre les agressions et les atteintes sexuelles n'est plus limité au consentement, mais se trouve étendu à la prise en compte de l'âge de l'auteur et de sa victime. S'il y a une différence d'âge supérieure à cinq ans ou la promesse d'une contrepartie, l'agression sexuelle est caractérisée. En l'absence de ces éléments, l'atteinte sexuelle sera retenue.

D'autre part, l'aggravation des peines qui étaient élevées à dix ans d'emprisonnement par l'article 227-26 du Code pénal n'est plus réservée aux atteintes sexuelles commises par un ascendant ou toute autre personne ayant autorité mais s'applique à toute personne majeure à condition qu'elle ait sur la victime une autorité de droit ou de fait. L'élargissement de la circonstance aggravante est logique dans le cadre de la prise en compte spécifique de

Actualité pénale

l'inceste.

Pour une parfaite coordination, l'article 227-27 du Code pénal définissant les atteintes sexuelles sur mineur de plus de quinze ans est aussi modifié. « Hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, les atteintes sexuelles sur un mineur âgé de plus de quinze ans sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende :

« 1° Lorsqu'elles sont commises par toute personne majeure ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ;

« 2° Lorsqu'elles sont commises par une personne majeure qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. » Si la deuxième circonstance reste identique, la première perd la référence à l'auteur ascendant de la victime, puisque seule la condition de l'âge est maintenue.

L'article 227-27-2-1 du Code pénal maintient la qualification des atteintes sexuelles incestueuses qui s'enrichissent d'une nouvelle catégorie d'auteur visé en fonction de sa parenté avec la victime – un grand-oncle, une grand-tante –, assurant une parfaite coordination avec les agressions sexuelles incestueuses.

L'article 227-22 réprimant la corruption de mineur est modifié à la marge en élevant les peines à dix ans d'emprisonnement lorsque les faits sont commis à l'égard des mineurs de quinze ans.

La loi continue à enrichir le droit positif d'incriminations prenant en compte l'utilisation des moyens de communication électronique. Après les propositions sexuelles (227-22-1, Code pénal), la loi choisit de punir un nouveau comportement dans le cadre de l'article 227-22-2 visant l'incitation à commettre un acte de nature sexuelle. « Le fait pour un majeur d'inciter un mineur, par un moyen de

Actualité pénale

communication électronique, à commettre tout acte de nature sexuelle, soit sur lui-même, soit sur ou avec un tiers, y compris si cette incitation n'est pas suivie d'effet, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. » Si le vecteur de commission de l'infraction est intégré à la structure de l'incrimination, le législateur lui donne la dimension répressive d'une infraction de mise en danger. Ainsi, l'incitation est punie en elle-même et le fait qu'elle ne soit pas suivie d'effet et de passage à l'acte ne permet pas d'échapper à la répression.

Dans ce même ordre d'idées, l'enregistrement ou la diffusion d'images de mineur à caractère pornographique (227-23, Code pénal) par des moyens de communications électroniques se trouve complété par le nouvel article 227-23-1 qui incrimine « le fait pour un majeur de solliciter auprès d'un mineur la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique ». Le vecteur numérique n'est pas exigé ici, le champ d'application de l'infraction étant plus ouvert, même si, en théorie, il s'agit du moyen de commission privilégié pour ce comportement. L'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende, peine pouvant être élevée à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque la victime est un mineur de quinze ans ou est commise en bande organisée. Mais la modification la plus importante touche les atteintes sexuelles, l'infraction souche sur laquelle viennent se greffer les agressions sexuelles.

S'écartant de la problématique de la prise en compte de l'inceste, la loi du 21 avril 2021 a aussi procédé à une modification de la définition de l'exhibition sexuelle qui a été considérablement

Actualité pénale

débattue ces dernières années en jurisprudence. L'article 222-32 retenant une définition générale de « l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public » se trouve complété par deux alinéas supplémentaires. Le nouvel alinéa 2 porte sur la constitution de l'infraction en précisant une hypothèse de qualification appréhendant l'exhibition sexuelle « même en l'absence d'exposition d'une partie dénudée du corps » si « est imposée à la vue d'autrui, dans un lieu accessible aux regards du public, la commission explicite d'un acte sexuel, réel ou simulé ». Les comportements des Femen et les difficultés juridiques de qualification sont à l'origine de cette extension formelle de l'incrimination. Le nouvel alinéa 3 porte sur la répression et reprend la philosophie globale de la loi tournée vers une protection accrue des mineurs et, plus particulièrement, des mineurs de quinze ans. Ainsi, lorsque les faits sont commis au préjudice d'un mineur de quinze ans, les peines sont doublées, donc élevées d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende.

La loi du 21 avril 2021 est minutieuse et répond à des questions récurrentes portant sur les infractions sexuelles, tout en privilégiant son objet qui la conduit à protéger plus particulièrement les mineurs victimes d'infractions sexuelles. L'articulation des nouvelles catégories d'agressions et atteintes sexuelles fondées sur l'âge ne répond pas à l'ensemble des problèmes de fond et de forme posés par le droit français.

La nouvelle arborescence des infractions sexuelles s'accompagne de certaines modifications de fond et de forme afin d'assurer la parfaite articulation de la prise en compte des infractions sexuelles.

Actualité pénale

Cependant, une nouvelle fois, la prescription de l'action publique a polarisé les débats.

La prescription soulève des débats passionnés depuis de nombreuses années, que ce soit dans le cadre des infractions contre les personnes ou contre les biens, mais elle atteint son paroxysme dans les infractions sexuelles. À la suite d'un bras de fer de plusieurs décennies opposant les juges et le Code de procédure pénale sur le report du point de départ de la prescription au moment où les faits sont apparus en cas d'infraction clandestine, les règles de la prescription ont été totalement rénovées par la loi du 27 février 2017. Si cette loi a unifié et considérablement allongé les délais de prescription en matière criminelle, les portant à vingt ans et, en matière correctionnelle, les doublant pour les faire arriver à six ans, elle a aussi renoncé à un certain nombre de délais exceptionnels qui s'appliquaient à certaines catégories d'infractions. Ainsi, les infractions sexuelles commises sur mineurs qui bénéficiaient de délais allongés de vingt ou de trente ans se sont trouvées soumises au délai de droit commun de vingt ans en matière criminelle. Le régime de la prescription de ces infractions étant moins favorable aux mineurs, la loi du 3 août 2018 a réintroduit un régime exceptionnel de délai de prescription allongé en cas d'infractions sexuelles commises sur mineurs. L'article 7 du Code de procédure pénale a été enrichi de l'alinéa 3 qui porte le délai de prescription des crimes mentionnés à l'article 706-47 à trente ans lorsqu'ils sont commis sur mineurs, visant tout particulièrement le viol. En même temps, le délai de prescription des délits sexuels commis sur mineur se prescrivaient par un délai de dix ou de vingt ans, en vertu de l'article 8 du Code de procédure pénale.

Actualité pénale

De manière générale, le législateur a favorisé la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions sexuelles commises sur mineurs en restreignant la prescription par l'utilisation cumulative de deux techniques juridiques. D'une part, les délais sont allongés de manière à combattre l'impunité de ces infractions. D'autre part, le législateur fixe le point de départ de la prescription au moment de la majorité de la victime. En effet, lorsque l'infraction est commise par ceux-là mêmes qui doivent protéger et représenter les intérêts du mineur, la révélation de l'infraction et l'exercice des voies de droit se trouvent paralysés. En appliquant l'adage selon lequel « la prescription ne court pas contre ceux qui sont empêchés d'agir », ici les mineurs dépourvus de capacité légale, le législateur fixe le point de départ de la prescription au moment où les victimes se trouvent en mesure d'agir. Ce raisonnement tient encore une fois compte de la particulière vulnérabilité du mineur victime, sans revenir sur le fait que l'action publique représente la société et pas la victime particulière de l'infraction. En application de ces deux mécanismes cumulés, certaines infractions se trouvent prescrites après l'anniversaire des 48 ans de la victime. Mais, même dans ce cas, des contestations ont eu lieu. Qu'il s'agisse d'amnésie post-traumatique ne permettant pas de recouvrer les souvenirs avant le délai de trente ans à partir de la majorité, des délais plus courts en matière d'atteinte sexuelle, des revendications nombreuses se sont élevées en faveur de l'imprescriptibilité des infractions sexuelles. Outre le symbole de gravité exceptionnelle véhiculé par le fait de réserver l'imprescriptibilité aux crimes contre l'humanité, la pratique judiciaire montre que la poursuite des infractions sexuelles longtemps après leur révélation se résume à la confrontation de deux versions, souvent en l'absence d'autres éléments de preuve. Le

Actualité pénale

législateur a ainsi refusé de consacrer l'imprescriptibilité et l'allongement du délai au-delà de trente ans semble dénué de sens. C'est la raison pour laquelle la loi du 21 avril 2021 a maintenu les délais allongés déjà existants, mais innove en introduisant un nouveau mécanisme de prescription « glissante », jusqu'alors inutilisé en droit positif. Ainsi, l'article 7, alinéa 3, est complété d'une exception : « toutefois, s'il s'agit d'un viol, en cas de commission sur un autre mineur par la même personne, avant l'expiration de ce délai, d'un nouveau viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle, le délai de prescription de ce viol est prolongé, le cas échéant, jusqu'à la date de prescription de la nouvelle infraction ». Cette technique appelle plusieurs observations.

D'une part, le délai de prescription « de droit commun », mais il est déjà exceptionnel, des crimes sexuels sur mineurs reste allongé à trente ans à partir de la majorité et les délits à dix ou vingt ans. Mais une nouvelle exception apparaît et permet de calquer le délai de prescription sur la commission d'une autre infraction qui ne présente pas les mêmes éléments, mais s'y rattache par l'identité de l'auteur de l'infraction. Ce mécanisme évoque par sa construction la récidive, mais ne peut pas s'y rattacher juridiquement en raison de l'absence de condamnation définitive. Néanmoins, il se compose de deux termes. Le premier terme est la commission d'un viol sur mineur. Le second terme est la commission d'un nouveau viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle sur un autre mineur par le même auteur. Il y a donc identité de l'auteur de l'infraction sexuelle, mais différence de victime. Par ailleurs, on constate que si le premier terme est composé exclusivement d'un viol, le second terme est composé alternativement de toutes les infractions sexuelles qui prennent en compte la minorité, que ce soit dans le

Actualité pénale

cadre de leurs éléments constitutifs ou dans le cadre de leur répression. Le législateur procède ainsi à une assimilation de ces infractions qui n'est pas sans rappeler celle utilisée dans le cadre de la récidive soumise à la condition de spécialité reposant sur l'identité ou la similitude entre les deux termes. Mais ce mécanisme d'allongement de la prescription se détache résolument du modèle de la récidive, car le premier terme est constitué par la commission d'une infraction et nullement par la condamnation définitive à une peine prononcée par une juridiction pénale.

D'autre part, si le délai a été qualifié de « glissant » permettant de prolonger le délai de prescription de la première infraction pour le calquer sur celui de la nouvelle infraction, il vaudrait mieux parler de délai « coulant ». Ainsi, son point de départ reste fixé au moment de commission de l'infraction, sans affecter la structure de l'infraction du point de vue de ses éléments constitutifs, mais continue de « couler » sur le délai de prescription de la nouvelle infraction.

De plus, il semble que la seule identité de l'auteur de l'infraction ne soit pas suffisante pour justifier le rattachement de la prescription d'une infraction à une autre. C'est la raison pour laquelle le législateur essaie de pointer des éléments communs. Si la victime de ces infractions n'est pas la même, elle appartient à la même catégorie juridique – les mineurs. Par ailleurs, la protection offerte par la loi de 2021 est la plus large possible puisque sont visés tous les mineurs, sans prise en compte du seuil de quinze ans. De même, si les infractions commises ne sont pas identiques, elles appartiennent à la même catégorie juridique d'infractions sexuelles au sens le plus large du terme. Il s'agit de toutes les atteintes sexuelles, agressions sexuelles, viols, constitués en cas d'absence de consentement, de relations illégales ou d'inceste. La portée

Actualité pénale

symbolique du mécanisme de cette prescription « coulante » est forte, son utilité pratique reste à démontrer et sa légitimité juridique sera sans doute interrogée.

Enfin, le dispositif de prolongation de la prescription ne semble pas soumis à des limites. Certes, la loi prévoit qu'il ne produit d'effet que si la prescription de la première infraction n'est pas encore acquise, mais elle ne peut faire revivre un délai qui serait expiré. La rédaction permet de penser qu'il est possible d'enchaîner les prescriptions en cas de commission de plusieurs nouvelles infractions. Mais elle n'indique rien quant à une limite qui ne permettrait pas de prolonger le délai *ad vitam aeternam*. La limite de droit commun de trente ans ne semble pas applicable à ce mécanisme. Ainsi, sans le dire, le texte pourrait bien aboutir, en pratique, à une forme implicite d'imprescriptibilité.

La technique de la prescription « coulante » a été transposée en matière délictuelle par la loi du 21 avril 2021 qui enrichit l'article 8 d'un nouvel alinéa 4, lequel calque le délai de prescription d'une agression ou d'une atteinte sexuelle commise sur mineur sur celui d'une nouvelle infraction commise sur un mineur. Le mécanisme étant identique à celui utilisé en matière criminelle, il n'appelle pas de nouvelles observations.

En conséquence de la modification de la prescription en matière criminelle et délictuelle, la loi du 21 avril 2021 modifie aussi l'article 9-2 du Code de procédure pénale pour tirer les conséquences du mécanisme de prescription « coulante ». Cet article énumère les causes d'interruption de la prescription de l'action publique constituées par des actes ou des décisions de procédure. La réforme l'enrichit d'un nouvel alinéa qui permet de considérer comme des causes d'interruption valables un acte ou une décision figurant sur la

Actualité pénale

liste limitative de l'article, alors même qu'il serait intervenu « dans une procédure dans laquelle est reprochée à la même personne une de ces mêmes infractions commises sur un autre mineur ». Ainsi, la loi du 21 avril 2021 calque la prescription, mais aussi les causes affectant son déroulement, d'une infraction sur une autre.

La loi du 21 avril 2021 combat les infractions sexuelles commises sur mineurs en restreignant l'étau autour des auteurs, mais il s'agit aussi de combattre l'indifférence de l'entourage qui permet à ces comportements d'exister ou de perdurer. Si, dans le langage courant, on assimile cette conduite à une forme de complicité passive, elle ne peut pas être appréhendée par le droit pénal, car elle ne remplit pas les conditions de l'article 121-7 du Code pénal qui exige un acte positif matérialisant la volonté du complice de collaborer à la commission de l'infraction.

Pour contourner cette difficulté, le Code pénal punit, dans son article 434-3, le défaut de révélation aux autorités de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne hors d'état de se protéger. La loi du 21 avril 2021 introduit à l'article 8 du Code de procédure pénale un nouvel alinéa (5) qui vise particulièrement la prescription de ce délit, mais seules les infractions sexuelles commises sur mineurs voient leur régime juridique modifié par une double limitation du champ d'application de la réforme. D'une part, du point de vue des personnes protégées, seuls les mineurs en bénéficient, alors que les personnes hors d'état de se protéger en sont exclues. Mais la loi de 2021 choisit de protéger indifféremment tous les mineurs, alors que l'article 434-3 distingue entre les mineurs selon leur âge, puisqu'elle aggrave la répression à l'égard des mineurs de quinze ans. D'autre part, toutes les infractions subies par les mineurs ne sont pas visées,

Actualité pénale

seules celles qui se rattachent aux infractions sexuelles entrent dans le domaine du nouveau texte. Lorsque le défaut d'information concerne une agression ou un atteinte sexuelle commise sur un mineur, le délai de prescription est fixé à dix années à compter de la majorité de la victime. Lorsque le défaut d'information concerne un viol commis sur un mineur, le délai de prescription est porté à vingt années à compter de la majorité de la victime. L'allongement du délai s'adosse à une autre technique affectant la prescription, mais qui porte sur la définition de l'infraction. L'article 434-3 réprime le fait « de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé ». Le délit est donc une infraction continue et la prescription commence à courir seulement à la cessation du comportement infractionnel. En conjuguant l'allongement du délai et le caractère continu de l'infraction, la victime dispose d'un délai confortable afin d'apporter les faits à la connaissance des autorités en vue de permettre la mise en œuvre de l'action publique.

Police administrative

Élisabeth Rolin

**L'incarcération d'un étranger en France n'a pas
d'incidence sur la continuité de sa résidence
habituelle**

*Conseil d'État, 2ème-7ème chambres réunies, 8 avril 2021,
446427, Publié au recueil Lebon*

La Cour administrative d'appel de Versailles, avant de statuer sur la requête du préfet de la Seine-Saint-Denis tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Montreuil du 4 juin 2019 annulant son arrêté du 13 décembre 2018 par lequel il a refusé de délivrer un titre de séjour à M. A... et lui a fait obligation de quitter le territoire français dans un délai de trente jours, a saisi le Conseil d'État, en novembre 2020, d'une demande d'avis prévu à l'article L. 113-1 du Code de justice administrative (CJA) en lui soumettant les questions suivantes :

1°) Les périodes d'incarcération peuvent-elles être assimilées à des périodes de résidence habituelle en France au sens du 2° de l'article L. 511-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)¹, dès lors que la personne incarcérée ne peut plus être regardée comme résidant en France de son propre gré ?

¹. L'article L. 511-4 du CESEDA a été abrogé par l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2021, remplacé par l'article L. 611-3 du CESEDA.

Police administrative

2°) Dans la négative, selon quelles modalités faut-il tenir compte d'une période d'emprisonnement sur la continuité du séjour en France, eu égard notamment à la gravité des faits à l'origine de la condamnation, et à la durée de la peine ?

Cette procédure consultative, spécifique au contentieux administratif, est ancienne. Elle trouve son origine dans l'article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif. Elle a été codifiée sans changement à l'article L. 113-1 du CJA : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai. »

Chaque année, le Conseil d'État examine ainsi une trentaine de demandes d'avis dans les domaines les plus variés, avec trois conditions cumulatives de recevabilité, une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. Le délai de trois mois n'est pas impératif et la réponse est donnée, en général, dans le délai de six mois. Cette procédure qui est assez rapide participe de la bonne administration de la justice.

Au cas d'espèce, l'intérêt de cette jurisprudence réside d'abord dans

Police administrative

la réponse apportée dans l'interprétation de l'article L. 511-4-2° du CESEDA, devenu depuis le 1^{er} mai 2021, l'article L. 611-3-2° du même Code avec une rédaction identique. Cette disposition, adoptée par le législateur en 1981, a instauré un régime de faveur pour protéger contre l'éloignement les résidents de longue durée. L'étranger qui justifie ainsi par tous moyens résider habituellement en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans, ne peut faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français.

Mais avant d'explicitier le raisonnement qui sous-tend cette jurisprudence, il y a lieu de faire un point sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du CESEDA, dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} mai 2021.

I. Le CESEDA a été réécrit pour plus de lisibilité²

Achévé en 2006, le CESEDA avait vu sa structure altérée et son contenu rendu moins lisible par la succession des différents textes intervenus au cours des dernières années, notamment pour intégrer les normes issues du droit de l'Union européenne. La loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit

2. Compte rendu Conseil des ministres du 16 décembre 2020 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2020-12-16#code-de-l-entree-et-du-sejour-des-etrangers-et-du-droit-d-as>

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [en ligne], Legifrance. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042754763/>

Police administrative

d'asile effectif et une intégration réussie, avait habilité le Gouvernement à procéder à une nouvelle rédaction de la partie législative du Code. La partie réglementaire a également été réécrite en parallèle. Cette refonte intervient à droit constant, c'est-à-dire qu'elle réorganise le Code sans faire évoluer le droit applicable.

Le Code est ainsi organisé autour de huit livres thématiques relatifs aux dispositions générales (livre I^{er}), aux citoyens de l'Union européenne (livre II), à l'entrée en France (livre III), au séjour en France (livre IV), à l'asile (livre V), aux décisions d'éloignement (livre VI), à leur exécution (livre VII) et aux contrôles et sanctions (livre VIII). Pour la première fois, un livre est consacré aux citoyens de l'Union européenne, qui jouissent d'un statut spécifique. Le livre relatif au séjour est remanié pour permettre à chaque ressortissant étranger de trouver plus aisément les dispositions applicables à sa situation. Par ailleurs, la partie relative aux pièces justificatives est annexée au Code.

Les dispositions du livre VII, qui étaient consacrées à l'asile, sont désormais reprises au livre V, après le nouveau livre consacré au séjour et avant les dispositions relatives aux procédures d'éloignement, pour présenter le parcours du demandeur d'asile avec, successivement, l'accès à la procédure d'asile, l'examen des demandes, le droit au maintien, les conditions d'accueil, le contenu et la fin de la protection.

Le livre V relatif aux mesures d'éloignement est scindé en deux livres consacrés, pour l'un, aux décisions d'éloignement (livre VI),

Police administrative

pour l'autre, à l'exécution de ces décisions (livre VII). Au livre VI, quatre titres dédiés à l'obligation de quitter le territoire français, à la remise, à l'expulsion et à la peine d'interdiction du territoire français permettent de présenter les décisions d'éloignement, les cas dans lesquels elles peuvent être prises ainsi que les procédures administrative et contentieuse afférentes. Les dispositions relatives à l'assignation à résidence et à la rétention administrative (nouveau livre VII) ont été réorganisées afin de mieux faire apparaître leurs différentes phases et le rôle de l'autorité judiciaire dans leur contrôle.

Enfin, le droit applicable en Outre-mer a été actualisé et coordonné avec le droit commun, tout en conservant les dispositifs spécifiques à ces territoires, pour prendre en compte les compétences des collectivités.

II. Une personne incarcérée en France continue d'avoir en France sa résidence habituelle

Comme l'explique Guillaume Oudinet, rapporteur public, dans ses conclusions publiées sur Arianeweb³, la notion qui a été explicitée est bien la condition de continuité prévue à l'article L. 511-4-2° et non celle de « résidence habituelle ».

En effet, le Conseil d'État considère que « le législateur a entendu protéger de l'éloignement les étrangers qui sont en France depuis l'enfance, à raison de leur âge d'entrée et d'établissement sur le

3. <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>

Police administrative

territoire. D'ailleurs, cette protection, en ce qui les concerne, vaut aussi à l'égard des mesures d'expulsion en application du 1° de l'article L. 521-3 du CESEDA⁴, sous réserve de comportements particulièrement graves que cet article énumère limitativement. **Dans ce cadre, les éventuelles périodes d'incarcération en France, si elles ne peuvent être prises en compte dans le calcul d'une durée de résidence, ne sont pas de nature à remettre en cause la continuité de la résidence habituelle en France depuis au plus l'âge de treize ans, alors même qu'elles emportent, pour une partie de la période de présence sur le territoire, une obligation de résidence pour l'intéressé, ne résultant pas d'un choix délibéré de sa part ».**

Cette réponse à la Cour d'appel de Versailles a rendu sans objet la seconde question.

Cette jurisprudence doit aussi être rapprochée d'un arrêt du Conseil d'État du 28 février 2020⁵ qui s'est prononcé sur l'appréciation de la notion de résidence régulière qu'il y a lieu de distinguer de celle de

4. L'article L. 521-3 du CESEDA est devenu l'article L. 631-3 du même Code « Ne peut faire l'objet d'une décision d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes :

1° L'étranger qui justifie par tous moyens résider habituellement en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans ; »

5. Sur l'absence de prise en compte des périodes passées sous le régime de la semi-liberté en exécution d'une peine, s'agissant d'une expulsion, CE, 28 février 2020, M.,, n° 426076, à mentionner aux Tables.

Police administrative

continuité de la résidence habituelle.

Lorsqu'un étranger incarcéré à la suite d'une condamnation à une peine privative de liberté bénéficie, en application de l'article 707 et du premier alinéa de l'article 723-1 du Code de procédure pénale et de l'article 132-26 du Code pénal, d'une mesure d'exécution de sa peine sous le régime de la semi-liberté, la période effectuée sous ce régime, comme toute période de détention ou toute période d'exécution de peine sous un autre régime d'exécution, tel le placement à l'extérieur ou le placement sous surveillance électronique, ne peut être regardée comme une période de résidence régulière au sens du 4° de l'article L. 521-2⁶ du CESEDA, dès lors qu'elle emporte une obligation de résidence pour l'intéressé, ne résultant pas d'un choix délibéré de sa part.

En conclusion, la solution retenue par le Conseil d'État est celle de la simplicité pour l'application de la loi par les préfetures même si elle peut surprendre au prime abord et laisser penser que l'incarcération peut faciliter l'acquisition d'une protection contre l'éloignement. Dans l'appréciation de la durée de résidence régulière, les périodes de résidence contrainte résultant d'une incarcération ne peuvent être prises en compte. En revanche, les périodes d'incarcération sont sans effet sur la continuité de la résidence habituelle pour

6. Désormais L. 631-2-3° du CESEDA « Ne peut faire l'objet d'une décision d'expulsion que si elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique et sous réserve que l'article L. 631-3 n'y fasse pas obstacle (...) L'étranger qui **réside régulièrement en France depuis plus de dix ans**, sauf s'il a été pendant toute cette période titulaire d'une carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention " étudiant " ; »

Police administrative

l'application des articles L. 611-3-2° et L. 631-3-1° du CESEDA.

Xavier Latour

Les régions et la sécurité

L'accélération de la campagne électorale pour les élections régionales fait émerger différents sujets.

Parmi ceux-ci, la sécurité est essentielle. Alors que la crise sanitaire a, un temps, focalisé l'attention, des thèmes plus classiques tendent à revenir au premier plan. Dans un contexte particulièrement anxiogène en raison de nombreux drames, la protection des biens et des personnes constitue l'une des principales préoccupations. Si les électeurs semblent ne pas attendre beaucoup des départements en la matière, leur regard se tourne plus volontiers vers les collectivités régionales.

De prime abord, cette tendance peut surprendre. En réalité, elle annonce de possibles évolutions.

La sécurité n'est pas une compétence régionale

Comme les autres collectivités territoriales, les régions exercent les seules compétences ouvertes par l'État. La décentralisation consiste, en effet, à autoriser des personnes morales de droit public à intervenir dans certains domaines à la place ou en relation avec l'État. Il revient au législateur d'identifier les domaines à chaque catégorie de collectivité, conformément au principe des compétences d'attribution. En aucun cas, une collectivité ne peut s'arroger le droit d'agir dans un domaine sans l'accord de l'État central.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Or, en matière de sécurité, force est de constater que l'État ne compte pas sur la région.

D'une part, parce qu'il conserve la haute main sur le sujet. Compétence régalienne, la sécurité relève d'abord et avant tout de l'État. Il agit par l'intermédiaire de ses autorités centrales et déconcentrées, en particulier le préfet de département. Le préfet de région intervient peu, voire pas, dans ce champ.

D'autre part et en plus de l'État, la sécurité est surtout une prérogative du maire. Ce dernier a d'importants pouvoirs de police administrative, et, dans une moindre mesure, de police judiciaire. C'est bien le maire qui coordonne la prévention de la délinquance sur le territoire de sa commune. C'est sur lui que l'État s'appuie en priorité, comme en témoigne la récente loi sur la sécurité globale. Le maire dispose de nombreux et importants leviers d'action. En droit, ses pouvoirs propres de police lui permettent d'intervenir dans de nombreux domaines. En outre, certains recourent massivement à des forces de police municipale, les équipent très bien et leur confient parfois des missions d'intervention.

Pour les administrés, le maire est souvent l'autorité de référence. Figure facile à identifier, élu de proximité et ancré historiquement sur un territoire, il bénéficie, depuis le XIX^e siècle, de la confiance de l'État.

Dans cet environnement, la région semble assez peu concernée par la sécurité.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

D'une part, ce thème ne fait pas partie de la liste de ses compétences. Sa priorité est le développement économique. Elle intervient en matière de transport, en particulier ferroviaire. Elle est aussi connue pour la gestion des lycées. Nous sommes donc assez loin de la police administrative du quotidien et de la prévention de la délinquance par des agents qui incarneraient l'autorité du président de l'exécutif régional à défaut, pour ce dernier, de disposer de prérogatives.

D'autre part, l'État n'a pas, jusqu'à présent, manifesté de volonté particulière de s'appuyer sur cet échelon décentralisé. La loi sur la sécurité globale ne lui fait, par exemple, aucune place. À l'inverse, elle renforce le niveau communal et intercommunal. Elle favorise même la coopération avec le département.

Malgré tout, la région semble être perçue comme une possible source d'amélioration de la sécurité.

La sécurité, une affaire régionale ?

L'intérêt accordé à la région suscite quelques réflexions.

D'abord, il pourrait confirmer une forme de méfiance, voire de déception à l'égard de l'État.

Si les administrés éprouvent le besoin de chercher ailleurs des solutions potentielles à leurs attentes de sécurité, cela n'implique-t-il pas des interrogations à l'égard du rôle joué par le détenteur principal de la compétence ? Sans évoquer une perte de confiance envers le pouvoir central, les usagers ont, en tout état de cause,

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

intériorisé le concept des partenariats. Depuis quarante ans, la coproduction de sécurité est l'un des principes directeurs de l'État. Les évolutions législatives et réglementaires en sont la preuve.

La coproduction se construit avec les communes, mais pas seulement. Elle intéresse également les acteurs privés de sécurité, les citoyens eux-mêmes, ainsi que, dans une certaine mesure, les autres collectivités territoriales.

Ensuite, si les régions ne sont pas totalement étrangères à la sécurité, leur implication demeure limitée.

L'absence de compétence exercée à titre principal n'exclut pas leur intérêt pour la question. La gestion des transports et des lycées les expose à des attentes particulières, dès lors que ces activités sont exposées à des menaces. Par ailleurs, elles sont financièrement sollicitées pour accompagner certaines opérations matérielles. Certaines collectivités s'engagent d'ailleurs de manière substantielle, même si logiquement les budgets attribués à la sécurité sont largement inférieurs à bien d'autres domaines. Sur le terrain, la région ne déploie pas de moyens propres. Elle reste dépendante de ceux affectés par l'État, police et gendarmerie nationales, ou recrutés par la SNCF.

Surtout, lorsqu'elle tente d'innover, elle se fait rappeler à l'ordre par le juge administratif. Ainsi, le Tribunal administratif de Marseille, le 27 février 2020 (La Quadrature du Net et a.), s'est opposé à l'installation expérimentale à l'entrée de lycées d'un dispositif de contrôle d'accès virtuel. En effet, la région a seulement en charge l'intendance et l'entretien des établissements. Et le juge de préciser que la surveillance ne relève pas de son registre.

Enfin, la question est ouverte de savoir si les régions doivent investir

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

la sécurité.

Déjà, lors des élections régionales de 2015, quelques candidats avaient émis l'idée d'une telle évolution. Les transports semblaient les plus concernés. Elle n'a pas trouvé d'écho. La redéfinition de la carte régionale et l'apparition de grandes collectivités voulues plus fortes n'a pas encore eu d'impact en la matière.

À ce stade, l'État n'a pas adressé de signal d'un changement prochain. La sécurité deviendra-t-elle une compétence régionale ou demeurera-t-elle un thème de campagne ? Le pronostic est une démarche par nature aléatoire. Pour autant, même si le mouvement est lent, il pourrait être bien réel.

Une police régionale des transports est une perspective qui mériterait réflexion. La sécurité dans les trains régionaux préoccupe la population dans de nombreuses régions. Les moyens déjà déployés sont conséquents. Cependant, une autre approche ne serait pas forcément impensable. Les régions ont des ressources qu'elles pourraient mettre au service de la sécurité pour augmenter les capacités humaines et matérielles. Elles auraient alors à travailler en étroite relation avec la gendarmerie nationale.

<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 CNE Matthieu AUDIBERT LTN Océane GERRIET
<i>Équipe éditoriale :</i>	Odile NETZER