

# LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 99

Octobre 2021

## EDITO

En 2007, le thème du 1<sup>er</sup> FIC était prémonitoire : « La cybercriminalité, criminalité du XXI<sup>e</sup> siècle ! ». Près de 15 ans plus tard, les faits sont là qui prouvent bien la migration simultanée, vers le substrat numérique, de la délinquance et de la conflictualité entre États. La première est la suite logique d'un rapport risque pénal/gain escompté très favorable au prédateur ; la seconde offre aux États la possibilité de régler leurs comptes avec une certaine discrétion, privilégiant la « banderille numérique » à la « politique de la canonnière ». Ces deux migrations se croisent, puisque les États ne manquent pas de faire appel à des groupes criminels organisés pour agir à leur place : « C'est pas moi, c'est ma sœur qu'a cassé le calculette », chantait, dans les

*(Suite page 2)*



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

## Edito

années soixante Evariste, par ailleurs docteur en particules élémentaires...Certains États en ont fait leur second hymne national. Ils disent ignorer les activités qui prennent naissance sur leur territoire national, mais ils avouent ainsi ne pas mettre en œuvre les principes de la « diligence due » qui fondent les relations internationales.

Cette double transhumance a d'abord concerné la « couche logique<sup>1</sup> », les systèmes de traitement automatisés de données (STAD) victimes de pénétrations et de maintiens frauduleux, d'entrave et d'atteinte aux données qu'ils contiennent ou traitent. La loi Godfrain (1988) n'a pas pris une ride et souligne la vision prospective de son auteur. Du « script kiddie » au groupe structuré, les exemples ne manquent pas pour illustrer l'action de plus en plus ciblée, de plus en plus dévastatrice de cybercriminels<sup>2</sup>. Les cyberattaques pénètrent désormais la « couche sémantique », celle des données, comme en témoigne le développement fulgurant des rançongiciels depuis au moins deux ans, grâce aux opportunités offertes par la crise Covid-19. La donnée est, en effet, de plus en plus la cible, l'atteinte aux STAD, le moyen. La donnée est convoitée pour sa valeur marchande (vente sur les *darknets*), pour l'avantage concurrentiel qu'elle procure (espionnage), pour son utilisation afin de préparer une cyberattaque, commettre une escroquerie (données bancaires), une extorsion (rançongiciels) ; elles aussi au cœur de sabotages, ainsi que l'a prouvé l'attaque NotPetya, visant l'Ukraine, en 2017. Le développement du Web, celui des réseaux

---

1. La trilogie « couche matérielle », « couche logique », « couche sémantique » est scientifiquement contestable mais elle présente l'avantage de la pédagogie.

2. Cette qualification décriminalise le hacker éthique.

## Edito

sociaux contribuent à son dynamisme.

La « couche sémantique » porte les contenus, c'est-à-dire les données qui ont du sens, mais elle offre aussi un asile pour le faux sens, le non-sens, le contresens. C'est « l'espace informationnel », comme les Russes, non sans raison, aiment à qualifier le cyberspace. Il est stratégique. En octobre 2018, devant la *Privacy Conference* qui rassemble chaque année des autorités de régulation, Isabelle Falque-Pierrotin, alors présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), s'exprimait ainsi : « Les données personnelles sont sorties du seul champ de la protection pour devenir un véritable enjeu de pouvoir, d'influence, voire de manipulation, au cœur même de nos systèmes démocratiques. Le déploiement de l'IA dans de nombreux pays pousse à l'extrême des questionnements sur l'autonomie des personnes ou sur la souveraineté nationale, enjeux qui prennent une importance stratégique nouvelle, au plan national et international ». La souveraineté nationale appelle une grande vigilance sur les contenus : c'est notamment le rôle des services de renseignement qui disposent de techniques de renseignement pour mener les investigations préventives. Qu'en est-il de l'autonomie des personnes ?

Le « code fait loi », écrivait Lawrence Lessig<sup>3</sup>. Selon lui, à l'ère de l'algorithme, le régulateur « c'est le code : le logiciel et le matériel qui font du cyberspace ce qu'il est. Ce code, ou cette architecture, définit la manière dont nous vivons le cyberspace. Il détermine s'il est facile ou non de protéger sa vie privée, ou de censurer la parole.

---

3. LESSIG, Lawrence. Code and another laws of cyberspace. *Harvard Magazine*, janvier 2000.

## Edito

Il détermine si l'accès à l'information est global ou sectorisé. Il a un impact sur qui peut voir quoi, ou sur ce qui est surveillé. Lorsqu'on commence à comprendre la nature de ce code, on se rend compte que, d'une myriade de manières, le code du cyberspace régule ».

Le code est un transformateur qui part d'une « matière première », la donnée, pour aboutir à un résultat, lequel peut constater une situation ou être à l'origine d'une décision, notamment à caractère individuel. Si la loi est « pour tous », l'algorithme est souvent « pour chacun », en adaptant les choix aux profils des internautes. L'élaboration de la loi est transparente, celle du code est encore très « secrète ».

Si le code fait loi, il peut aussi être « la loi du plus fort » et porter ainsi atteinte à nos libertés. Il porte en germe une uniformisation de la société par le rejet de tout ce qui n'est pas dans la norme. Imaginons simplement le traitement par Big Data des comportements atypiques, exclus parce qu'ils sortent des critères. On imagine aussi la « dictature » des algorithmes prédictifs. Dans ce contexte, le citoyen est un objet d'étude au travers du profilage ; il est asservi au bon vouloir de ceux qui l'utilisent comme matière première, comme élément essentiel de leur *business model*. La gouvernementalité algorithmique conduit à un « enfermement algorithmique ».

Mais, pire encore, l'individu est la première victime d'un espace numérique insuffisamment régulé, notamment dans la lutte contre la cybercriminalité.

L'internaute est atteint dans son identité numérique qui lui confère son unicité. Ses données à caractère personnel, en particulier les plus sensibles au sens du Règlement général sur la protection des

## Edito

données (RGPD), sont des proies mal protégées, malgré la règle du consentement, et en raison des fuites régulières, fruit de la négligence de ceux qui les collectent, les stockent, les traitent. Outre les atteintes à la confiance dont il est victime, sa liberté d'opinion, de décision est mise à mal au travers des manipulations de l'information, de la tétanisation des esprits.

La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, qui fête cette année son vingtième anniversaire, ne vise que la pédopornographie au titre des infractions de contenus. Ce n'est pas rien en soi, si l'on considère le traumatisme que subissent de jeunes enfants, parfois des bébés, le business qui en résulte pour une criminalité organisée sans scrupule. Aujourd'hui, il faudrait ajouter la provocation du terrorisme et son apologie, le harcèlement, les injures, la diffamation, les discriminations, etc. Le consommateur est aussi victime au travers de contenus qui offrent des produits illicites, interdits, réglementés ou contrefaits. Le futur règlement sur les services numériques (DSA) énumère ces faits qui, sous couverture des très grandes plateformes, sont préjudiciables à l'égard de personnes démunies de toute protection. Certains affirmeront que ces infractions ne relèvent pas du champ de la cybersécurité. Il suffit pour les convaincre du contraire de se reporter à l'article 2 du règlement européen sur la cybersécurité (*Cybersecurity Act*) qui la définit ainsi : « les actions nécessaires pour protéger les réseaux et les systèmes d'information, les utilisateurs de ces systèmes et les autres personnes exposées aux cybermenaces ». On notera que doivent être protégées les « utilisateurs » et « autres personnes ». L'humain est bien une cible directe des prédateurs.

Pour le protéger, pas de SOC, pas de « threat intelligence », de Big

## Edito

Data, d'IA, d'analyse comportementale, pas de groupe d'intervention rapide, de centre européen de compétences, d'unité conjointe de cybersécurité. Dans un espace numérique marqué par la multitude<sup>4</sup>, la victime connaît la solitude, même s'il faut reconnaître l'action d'associations comme Point de Contact. Cette victime doit être au cœur des préoccupations de l'État, car c'est la mission première de celui-ci. S'il l'oublie, il perdra sa légitimité. Si la cybercriminalité est bien la « criminalité du XXI<sup>e</sup> siècle », c'est l'humain qui sera le STAD le plus menacé, car son cerveau est le « système » le plus sophistiqué, le plus inégalable, n'en déplaise aux singularistes, mais aussi le plus fragile.

À l'origine, le FIC avait pour centre de gravité les offres de cybersécurité. Puis il a élargi son champ à la cybersécurité des offres. La cybersécurité au service du citoyen sera la prochaine étape. D'ici là, la Présidence française de l'Union européenne doit être l'occasion d'accentuer les efforts, dès lors que les 27 souhaitent construire une cybersécurité fondée sur des valeurs. La première d'entre elles est la protection des citoyens de l'UE. Paraphrasant le général de Gaulle<sup>5</sup>, on peut affirmer « qu'en notre temps, la seule querelle qui vaille est celle de l'homme. C'est l'homme qu'il s'agit de sauver, de faire vivre et de développer...dans l'espace numérique ». Vaste programme !

Pour satisfaire la trilogie gaullienne, il convient de mettre en œuvre la première des 28 recommandations du Livre Blanc réalisé par l'Agora du FIC<sup>6</sup> et présenté le 9 septembre dernier. Acculturation, éducation, formation sont les actions les plus urgentes. Sans elles,

---

4. VERDIER Henri, COLIN Nicolas. *L'âge de la multitude*. Armand Colin, 2015.

5. Elysée, le 25 mars 1959.

6. Accessible sur [inCyber.fr](https://www.inCyber.fr), le nouveau média du FIC.

**Edito**

l'espace numérique sera peuplé de zombies dominés par une poignée d'acteurs aux ambitions peu compatibles avec l'esprit FIC qui place l'humain au cœur de la cybersécurité.

***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

<b>Déontologie et sécurité .....</b>	<b><u>9</u></b>
<b>Droit de l'espace numérique .....</b>	<b><u>17</u></b>
<b>Actualité pénale .....</b>	<b><u>22</u></b>
<b>Police administrative .....</b>	<b><u>35</u></b>
<b>Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée.....</b>	<b><u>43</u></b>



*Charles RAVAUT*

## **L'obligation de réserve des militaires de la gendarmerie en leur qualité de membres d'une association professionnelle nationale de militaires**

*Arrêt du Conseil d'État, 7ème et 2ème chambres réunies du 20  
juillet 2021, n° 444784*

Par un arrêt du 20 juillet 2021, le Conseil d'État est venu rappeler les limites qui s'appliquent à la liberté d'expression des militaires, notamment de la gendarmerie nationale, y compris dans le cas où les personnels seraient membres, voire présidents, d'une association professionnelle nationale de militaires (APNM).

Sujet sensible s'il en est, la question de la liberté d'expression des militaires, et en parallèle de leur devoir de réserve, est originellement plus encadrée que dans la fonction publique civile et en même temps plus libre sur l'aspect religieux.

En effet, initialement, si le devoir de réserve tel qu'issu du premier statut militaire du 13 juillet 1972<sup>1</sup>, offrait la liberté des opinions et

---

**1.** Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires : « Les opinions ou croyances, philosophiques, religieuses ou politiques sont libres. Elles ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. Cette règle ne fait pas obstacle au libre exercice du culte dans les enceintes militaires et à bord des bâtiments de la flotte. Les militaires en activité de service doivent obtenir l'autorisation du ministre lorsqu'ils désirent évoquer publiquement des questions politiques ou mettant en cause une puissance étrangère ou une organisation internationale ».

## Déontologie et sécurité

des croyances, il était cependant limité à l'expression en dehors du service et avec toute la réserve exigée par le statut militaire. Pire, l'évocation des questions politiques et internationales ne pouvaient se faire publiquement sans l'accord préalable du ministre. Seule la liberté de croyance religieuse était préservée avec la possibilité du libre exercice du culte dans les enceintes militaires<sup>2</sup>, caractéristique encore marquée aujourd'hui<sup>3</sup>.

Il faudra attendre 2005 avant que l'obligation d'autorisation préalable du ministre ne soit supprimée<sup>4</sup>. Pour autant, et comme en atteste l'arrêt du Conseil d'État commenté, la liberté d'expression des militaires est encore loin d'être absolue et si l'autorisation disparaît, tendant à rapprocher le principe de la fonction publique civile, la sanction en cas de manquement, elle, demeure.

### Fait

Pour avoir tenu des propos diffamatoires et outranciers, par l'intermédiaire du site Internet de son association (l'association des forces armées réunies), un officier de gendarmerie s'est vu infliger

---

2. *Ibid.* article 7.

3. Article L. 4121-2 du Code de la défense. Pour une application jurisprudentielle : TA Nîmes, 19 févr. 2021, n° 1900022, Assoc. La libre pensée du Gard.

4. Article 4 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires : « Les opinions ou croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques, sont libres. Elles ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. Cette règle s'applique à tous les moyens d'expression. Elle ne fait pas obstacle au libre exercice des cultes dans les enceintes militaires et à bord des bâtiments de la flotte ».

## **Déontologie et sécurité**

un blâme du ministre.

Il s'agissait de faits répétés à l'encontre du Président de la République, du directeur général de la gendarmerie nationale, de l'inspecteur général des armées-gendarmerie nationale ou encore d'autres autorités administratives et judiciaires par le biais d'articles publiés sur le site Internet de l'association des forces armées unies, lors de l'année 2017.

Pour ces faits, qui ont fait en parallèle l'objet de certaines procédures pénales, une enquête disciplinaire a été diligentée par sa hiérarchie, ce qui a abouti, le 26 décembre 2018, au prononcé, par le Major général de la gendarmerie nationale (MGGN), d'un blâme du ministre.

Cette décision a été contestée par le militaire qui saisira le Tribunal administratif de Montpellier le 14 mars 2019. Ce dernier, en application de l'article R. 351-2 du Code de justice administrative, a renvoyé l'affaire au Conseil d'État pour qu'il la juge au titre de sa compétence de premier et dernier ressort en raison du fait que la décision prise constitue une décision ministérielle<sup>5</sup> (blâme du ministre).

### **Des arguments de forme écartés**

Plusieurs arguments de forme étaient invoqués par le requérant : la compétence du signataire, en l'occurrence le MGGN, le défaut de

---

<sup>5</sup>. Selon une jurisprudence ancienne et bien établie : C.E., 6 décembre 1907, Compagnie des chemins de fer de l'Est.

## Déontologie et sécurité

motivation de la décision, l'absence de communication de l'ensemble des pièces de la procédure et l'impossibilité d'avoir pu présenter des observations en raison de son placement en congé de longue durée pour maladie (CLDM).

Le Conseil d'État, à bon droit, a balayé l'ensemble de ces arguments. S'agissant de la compétence du signataire de l'acte, le MGGN tient de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, la possibilité de signer, au nom du ministre en charge de la défense, tous les actes à l'exception des décrets<sup>6</sup>.

Sans justification particulière, mais l'exposé des faits suffit à s'en convaincre, le Conseil d'État écarte l'argument tiré du défaut de motivation de la décision, tant les propos à l'origine de la sanction permettent de justifier son prononcé.

En ce qui concerne l'absence de communication de l'ensemble des pièces du dossier, seuls les avis des autorités militaires de premier et second niveau n'ont pas été communiqués. Toutefois, le Conseil d'État a considéré qu'il ne s'agit pas de documents devant obligatoirement être transmis à l'occasion de la procédure disciplinaire.

---

**6.** Article 1<sup>er</sup> : « (...) peuvent signer, au nom du ministre ou du secrétaire d'État et par délégation, l'ensemble des actes, à l'exception des décrets, relatifs aux affaires des services placés sous leur autorité : (...) 3° Le chef d'état-major des armées, le délégué général pour l'armement, les chefs d'état-major de l'armée de terre, de la marine et de l'armée de l'air et de l'espace, le chef du contrôle général des armées, le major général des armées, les majors généraux de l'armée de terre, de la marine, de l'armée de l'air et de l'espace et de la gendarmerie et les sous-chefs de l'état-major des armées ».

## Déontologie et sécurité

Enfin, s'agissant de l'impossibilité d'avoir pu produire des observations, le Conseil d'État note avec justesse le fait que l'autorité militaire a laissé l'initiative au requérant pour fixer la date d'un entretien, ce qu'il n'a pas fait, et note surtout que son état de santé ne faisait pas obstacle à la transmission d'observations écrites. Ainsi, le juge ne limite pas la faculté de faire valoir des observations à la seule possibilité d'un entretien.

### **Le rappel nécessaire de l'obligation de réserve des militaires**

Avant même d'entrer dans la considération relative à la présidence d'une association professionnelle nationale de militaires, le Conseil d'État fait un bref rappel des obligations en matière de réserve qui s'appliquent aux militaires.

C'est désormais l'article L. 4121-2 du Code de la défense qui trouve à s'appliquer et aux termes duquel : « les opinions ou croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques, sont libres. Elles ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. Cette règle s'applique à tous les moyens d'expression. Elle ne fait pas obstacle au libre exercice des cultes dans les enceintes militaires et à bord des bâtiments de la flotte ».

Par ailleurs, le Conseil d'État prend soin de préciser que, s'agissant des associations professionnelles nationales de militaires, l'article L. 4124-6 du Code de la défense se montre plus souple puisqu'il

## Déontologie et sécurité

permet aux membres de bénéficier « des garanties indispensables à leur liberté d'expression pour les questions relevant de la condition militaire ».

Or, malgré ce rappel, ce n'est pas la première fois que la question de la libre expression des militaires se pose dans un cadre dépassant le simple exercice des fonctions et la tendance reste à privilégier le devoir de réserve, au détriment de l'exercice d'autres fonctions.

Ainsi, l'affaire Matelly, du nom d'un officier de gendarmerie également affilié au Centre national de la recherche scientifique (CNRS), qui a fait l'objet d'une sanction pour ses propos critiques vis-à-vis du rattachement de la gendarmerie au ministère de l'Intérieur, en est le parfait exemple<sup>7</sup>. Si la sanction a été jugée disproportionnée<sup>8</sup>, le manquement au devoir de réserve a bien été retenu par le juge, même si la qualité de chercheur, qui n'a pas été

---

**7.** C.E. 12 janvier 2011, n° 338,461 : « Les interventions médiatiques reprochées à M. A, critiquant directement la politique d'organisation des deux grands services français dédiés à la sécurité publique au moment même où celle-ci était en débat devant le Parlement, excédaient les limites que les militaires doivent respecter en raison de la réserve à laquelle ils sont tenus à l'égard des autorités publiques ; qu'elles sont ainsi de nature à justifier le prononcé de l'une des sanctions disciplinaires prévues par les articles L. 4137-1 et L. 4137-2 du code de la défense ; que ni la circonstance que l'intéressé collabore, avec l'accord de sa hiérarchie, à des travaux du Centre national de la recherche scientifique, qualité qui ne lui confère pas le statut de chercheur et ne lui permet en tout état de cause pas de se prévaloir de la liberté d'expression reconnue aux universitaires, ni celle qu'il occuperait un rang modeste dans la hiérarchie militaire ne sauraient l'exonérer de sa responsabilité quant aux propos ainsi tenus ».

**8.** Initialement, la sanction avait été la radiation des cadres. Toutefois, le Conseil

## Déontologie et sécurité

attribuée par le Conseil d'État à l'officier de gendarmerie, aurait pu réserver une autre issue au jugement<sup>9</sup>.

### Les limites de la liberté d'expression des membres d'associations professionnelles nationales de militaires

La logique qui prévaut dans le cadre du présent arrêt est la même. Malgré la plus forte marge de liberté dont bénéficient les membres des associations professionnelles nationales de militaires, leur liberté d'expression n'est pas absolue et, en tout état de cause, limitée à la condition militaire.

En diffusant des propos outranciers, dont certains font par ailleurs l'objet de procédures en diffamation<sup>10</sup>, à l'encontre du Président de

---

d'État a considéré cette sanction disproportionnée : « Eu égard à l'ensemble des données de l'espèce et notamment à la teneur des propos tenus qui expriment une critique de fond présentée comme une défense du corps d'appartenance de l'intéressé et formulée en termes mesurés, sans caractère polémique, ainsi qu'à l'excellente manière de servir de cet officier attestée par les notations produites au dossier, l'autorité disciplinaire, qui disposait d'un éventail de sanctions de natures et de portées différentes, notamment de la possibilité de prendre, au sein même du troisième groupe de sanctions, une mesure de retrait d'emploi allant jusqu'à douze mois en vertu des dispositions de l'article L. 4138-15 du code de la défense, a, en faisant le choix de la plus lourde, celle de la radiation des cadres, qui met définitivement fin au lien entre le militaire et la gendarmerie, prononcé à l'encontre de ce dernier une sanction manifestement disproportionnée ».

<sup>9</sup>. En effet, les enseignants-chercheurs bénéficient d'une indépendance constitutionnellement garantie comme l'a consacré le Conseil constitutionnel dans la décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984. Aussi, leur libre expression participe de ce principe.

## Déontologie et sécurité

la République, du directeur général de la gendarmerie nationale ou encore d'autres autorités administratives et judiciaires, le militaire de la gendarmerie méconnaît ainsi son devoir de réserve, y compris lorsqu'il agit en qualité de membre d'une association professionnelle nationale de militaires.

Ainsi, le juge considère que les propos tenus étaient pleinement de nature à justifier le prononcé d'une sanction. En outre, dans le cas présent, et contrairement à l'affaire Matelly, la sanction d'un blâme du ministre a été considérée comme parfaitement proportionnée, tant au regard de la nature des propos qu'à leur caractère répété.

---

**10.** Le patron des gendarmes assigne en diffamation un lieutenant, qui demande l'indulgence du tribunal. *L'Essor*, 25 juin 2018. Disponible sur : <https://lessor.org/a-la-une/le-patron-des-gendarmes-assigne-en-diffamation-un-lieutenant-qui-demande-lindulgence-du-tribunal>

**Droit de l'espace numérique**

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

**JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE**

**Décision n° 2021-933 QPC du 30 septembre 2021**

Sont conformes à la Constitution les dispositions du Code pénal qui répriment le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui en diffusant, en l'absence d'accord de la personne, tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenus, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même.

**I. La saisine du Conseil constitutionnel**

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 30 juin 2021 par la Cour de cassation (Chambre criminelle, arrêt n° 892 du 23 juin 2021) d'une question prioritaire de constitutionnalité. Dans le dossier au fond, une justiciable conteste l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, chambre correctionnelle, qui l'a condamnée à six mois d'emprisonnement avec sursis, 800 euros d'amende et trois ans d'interdiction des droits civiques, civils et de famille, pour diffusion publique, sans le consentement de la personne, d'enregistrements ou documents à caractère sexuel. Saisie d'un recours contre cette condamnation, la Cour de cassation saisit le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire ainsi rédigée : « L'article 226-2-1, alinéa 2, du code pénal méconnaît-il le principe de légalité des délits et des

## Droit de l'espace numérique

peines et le principe de nécessité des délits, qui en est le corollaire, tels que garantis par les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 34 de la Constitution de 1958, faute pour le législateur d'avoir défini ce qu'il entend par paroles ou images à caractère sexuel, faute d'avoir clairement précisé quels faits matériels sont constitutifs de l'infraction, faute d'avoir précisé si les propos et images doivent se rapporter à la vie intime de la personne et dans quelles conditions la personne qui a donné son consentement à leur communication ou les a elle-même communiqués, doit être considérée comme n'ayant pas donné son consentement à leur diffusion, faute enfin d'avoir précisé les éventuelles exceptions à l'application de l'incrimination, lorsque la personne a adressé des paroles et images à caractère sexuel qui n'étaient pas sollicitées ? »

### Article 226-2-1

Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1.

*Nota :*

L'article 226-1 réprime le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée

## Droit de l'espace numérique

d'autrui :

1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

3° En captant, enregistrant ou transmettant, par quelque moyen que ce soit, la localisation en temps réel ou en différé d'une personne sans le consentement de celle-ci.

L'article 226-2 punit des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1.

Pour soutenir la saisine, la Cour de cassation considère :

- que le texte ne précise pas ce qu'il convient d'entendre par paroles ou images à caractère sexuel, dans quelles conditions un accord à la fixation, à la captation, à l'enregistrement ou à la transmission d'images ou de propos à caractère sexuel exclut un accord à leur diffusion, si l'infraction résulte d'un mode particulier de diffusion ou simplement de la communication à un tiers, comment l'infraction s'articule avec l'article 226-2-1, alinéa 1, du Code pénal qui ne distingue pas selon que les images ou propos à caractère sexuel ont été obtenus dans un cadre public ou privé ;
- que le texte, qui exige le consentement exprès ou présumé de la personne à la réalisation de l'image ou à l'enregistrement de propos à caractère sexuel, apparaît en contradiction avec l'article 226-1 du

## **Droit de l'espace numérique**

Code pénal, auquel il se réfère expressément, et qui ne sanctionne, pour sa part, que la fixation, la captation, l'enregistrement et la transmission d'images ou de propos obtenus sans le consentement de la personne.

Ainsi, la Cour s'interroge sur la constitutionnalité de l'article 226-2-1, alinéa 2, du Code pénal, qui ne définit pas de manière claire et précise les éléments constitutifs de l'infraction, au regard notamment des textes auxquels il fait expressément référence, et est susceptible de méconnaître le principe de légalité des délits et des peines.

### **II. La décision des Sages**

Pour le Conseil constitutionnel, les termes « un caractère sexuel » et « absence d'accord de la personne pour la diffusion » sont suffisamment clairs et précis pour garantir contre le risque d'arbitraire. Il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier le caractère sexuel des paroles ou images diffusées ainsi que l'absence de consentement de la personne à cette diffusion. En faisant référence aux enregistrements ou documents obtenus « à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1 » du Code pénal, qui recouvrent la captation, la fixation, l'enregistrement ou la transmission de paroles ou d'images, le législateur a uniquement défini les actes matériels ayant permis à l'auteur de leur diffusion d'obtenir ces enregistrements et documents, sans les restreindre aux seuls actes réalisés dans un lieu privé. D'autre part, il n'a pas entendu incriminer un mode particulier de diffusion.

Ces dispositions n'ont pas pour effet de déroger au principe, prévu par l'article 121-3 du Code pénal, selon lequel il n'y a pas de délit

## **Droit de l'espace numérique**

sans intention de le commettre.

De ce fait, le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines doit être écarté. L'article 226-1-2 ne méconnaît pas non plus le principe de nécessité des délits et des peines, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit. Il doit être déclaré conforme à la Constitution.

L'article 226-2-1 du Code pénal est issu de la loi pour la République numérique du 7 octobre 2016. Sa rédaction fait suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 2016 qui, à propos d'un « revenge porn » avait constaté, qu'en l'état du droit, n'était pas pénalement réprimé le fait de diffuser sans son accord l'image d'une personne réalisée dans un lieu privé avec son consentement. Cet arrêt a fait l'objet d'une critique de la doctrine qui a reproché « une certaine déconnexion de la justice face à la réalité numérique ». Mais en matière pénale la loi est d'interprétation stricte...

Actualité pénale

*Claudia GHICA-LEMARCHAND*

**APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS**

*Crim. 12 octobre 2021, n° 21-80.370*

Une personne est poursuivie du chef de conduite sous l'empire d'un état alcoolique en état de récidive légale. Elle est condamnée à une peine d'emprisonnement avec sursis, une amende et l'annulation de son permis de conduire avec interdiction d'en solliciter un nouveau titre avant la durée de six mois. Elle forme un pourvoi en cassation pour contester cette dernière mesure.

L'article L. 234-13 du Code de la route prévoyant les peines applicables en cas de conduite sous l'influence de l'alcool en état de récidive a été modifié par la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités. La version en vigueur depuis 2013 donnait lieu « de plein droit à l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus ». La loi du 24 décembre 2019 maintient l'application de « plein droit à l'annulation du permis de conduire » mais l'accompagne d'une interdiction plus limitée de conduite. En effet, s'ajoute une interdiction de conduire un véhicule qui ne soit pas équipé par un professionnel agréé ou par construction d'un dispositif homologué d'anti-démarrage par éthylotest électronique pendant une durée de trois ans au plus, applicable à compter de la date d'obtention d'un nouveau permis de conduire. Est-ce que les nouvelles dispositions s'appliquent à une infraction commise avant son entrée en vigueur ?

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de condamnation et s'est placée

## Actualité pénale

sur le terrain de l'application de la loi dans le temps. Au visa des articles 111-3 et 112-1, alinéa 3, la Chambre criminelle invoque le principe de légalité pénale, selon lequel nul ne peut être puni pour une peine qui n'est pas prévue par le texte, et le principe de rétroactivité *in mitius*. Si le principe de non-rétroactivité est le corollaire naturel de la légalité pénale (article 112-1, alinéas 1 et 2), il est utilement complété par le principe de rétroactivité *in mitius* qui permet à la loi pénale de fond plus douce de rétroagir (article 112-1, alinéa 3) et qui s'est vu reconnaître valeur constitutionnelle. « Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ». Plusieurs conditions sont requises pour permettre la rétroactivité *in mitius*. Les nouvelles dispositions doivent relever d'une loi pénale de fond, de caractère moins sévère, et concerner une situation juridique qui est née sous l'empire de l'ancienne loi mais qui n'a pas encore donné lieu à une décision définitive.

En l'espèce, l'article L. 234-13 du Code de la route est relatif à une peine, donc il s'agit bien d'une loi pénale de fond. La loi du 24 décembre 2019 a un caractère moins sévère, puisque la nouvelle sanction a une assiette moins étendue que l'ancienne. Si l'interdiction de solliciter un nouveau permis de conduire concernait tous les véhicules avant la loi de 2019, elle est plus restreinte depuis et elle autorise la conduite de véhicules équipés par un professionnel agréé ou par construction d'un dispositif homologué d'anti-démarrage par éthylotest électronique. Son caractère favorable à la personne poursuivie est ainsi incontestable. Son application rétroactive à une infraction commise sous l'empire de

## Actualité pénale

l'ancienne loi n'ayant pas donné lieu à une décision définitive est ainsi possible.

La Cour de cassation fait application du principe de rétroactivité *in mitius* des lois pénales de fond plus douces dans une matière mouvante et soumise à des variations de politique criminelle.

## DROIT DE TIRER DES FORCES DE L'ORDRE

*Crim. 6 octobre 2021, n° 21-84.295*

Après une rencontre de football, des supporters ont choisi de repartir à pied plutôt que de monter dans le bus prévu à cet effet. Plusieurs d'entre eux ont été interpellés et placés en garde à vue. L'un d'entre eux « présentait une plaie saignante à l'œil gauche et se disait victime d'un tir de flash-ball et de coups au thorax portés après son interpellation et son placement en garde à vue ». La victime a définitivement perdu l'usage de l'œil. Le policier responsable du tir a été mis en accusation devant la Cour d'assises du chef de violence avec arme ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. Il a formé un pourvoi en cassation se fondant à la fois sur le commandement de l'autorité légitime et sur l'autorisation d'engager l'arme et la force meurtrière en vertu de l'article L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure (CSI). La Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

D'une part, elle revient sur l'article L. 435-1 du CSI. Issu de la loi du 28 février 2018 sur la sécurité publique, l'article unifie le régime juridique de l'usage des armes à feu à l'égard des forces de l'ordre. Les agents sont autorisés à faire usage de leurs armes en cas

## Actualité pénale

d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée « dans l'exercice de leurs fonctions et revêtus de leur uniforme ou des insignes extérieurs et apparents de leur qualité », dans un certain nombre de cas limitativement énumérés par l'article. Les juges d'instruction se sont placés dans le cadre du premier cas qui correspond à la légitime défense puisqu'il vise l'hypothèse « des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portées contre eux ou contre autrui ou lorsque des personnes armées menacent leur vie ou leur intégrité physique ou celles d'autrui ». La Cour de cassation apporte une précision supplémentaire dans cet arrêt et exige la condition de concomitance : « Bien que le texte ne le précise pas expressément, il résulte, d'une part, de la forme grammaticale adoptée, soit le présent de l'indicatif, d'autre part, des travaux parlementaires, que, pour être justifié, l'usage de l'arme doit être réalisé dans le même temps que sont portées des atteintes ou proférées des menaces à la vie ou à l'intégrité physique des agents ou d'autrui ». Si l'article L 435-1 requiert formellement les conditions d'absolue nécessité et de proportionnalité, nulle précision temporelle n'y figure. Or, la légitime défense définie à l'article 122-5 repose sur trois conditions, car la riposte doit intervenir en même temps que l'atteinte injuste. La Cour de cassation importe cette condition dans le cadre du premier cas de l'article L. 435-1 qui correspond à la légitime défense. Elle assure ainsi la cohérence de la matière, ainsi que l'exigence de déontologie dans le cadre de l'usage des armes à feu par les forces de l'ordre. De surcroît, les conditions d'absolue nécessité et de proportionnalité ne sont pas non plus remplies, puisque la victime semblait prendre la fuite au moment du tir et ne menaçait ni l'agent lui-même, ni autrui.

## Actualité pénale

D'autre part, la Cour de cassation s'abrite derrière l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond pour rejeter l'application de l'article 122-4. Le raisonnement qu'elle propose est aussi intéressant dans ce qu'elle affirme que dans ce qui n'est pas formulé. Les juges affirment que le policier « ne pouvait invoquer le commandement de l'autorité légitime pour avoir fait usage de son arme contre une personne qui prenait la fuite, aucun élément ne permettant de conclure à l'implication de la victime dans les infractions commises dans les minutes qui précédaient, cette action dépassant dès lors la consigne d'interpeller les personnes troublant l'ordre public ». Or, le pourvoi mettait l'accent justement sur le fait que l'ordre donné par l'autorité légitime était d'interpeller les personnes troublant l'ordre public, sans consigne particulière quant aux méthodes à utiliser. C'est la raison pour laquelle les juges d'instruction ont considéré que le policier n'était pas « en droit, dans ces conditions, de se prévaloir d'éléments de contexte pour considérer qu'il avait reçu des instructions autorisant expressément, ou même implicitement par leur caractère général, l'interpellation avec usage d'une arme » et que « de bonne ou de mauvaise foi, (il) s'est mépris sur la nature de l'ordre reçu ». En réalité, il ne s'est pas réellement mépris sur l'ordre reçu, il a interprété le silence comme une « carte blanche ». Et c'est peut-être ce silence sur la nature ou la précision de l'ordre qui est le point le plus intéressant de l'arrêt. L'article 122-4 du Code pénal contient une cause objective d'irresponsabilité pénale permettant à une personne de s'exonérer de sa responsabilité pénale lorsqu'elle « accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». L'autorité légitime est nécessairement une autorité publique qui a le pouvoir de donner des ordres à l'auteur de

## Actualité pénale

l'infraction, condition remplie en l'espèce. La cause d'irresponsabilité oscille entre la théorie de l'obéissance passive (l'ordre doit être nécessairement rempli, indépendamment de sa nature et de sa légalité) et celle des « baïonnettes intelligentes » (l'exécutant doit apprécier la légalité de l'ordre et refuser de l'exécuter en cas d'acte illégitime), sans adopter l'une des deux. Ainsi, l'ordre doit être exécuté sauf s'il est « manifestement illégal ». Seule l'illégalité évidente empêche l'exonération de responsabilité pénale. Ce qui conduit à poser une question intéressante en l'espèce – si l'ordre avait été d'utiliser des tirs de flash-ball, compte tenu des risques de blessures corporelles graves, pouvait-on le considérer comme « manifestement illégal » ? Dans ce cas, que l'ordre soit d'ordre général visant l'interpellation des personnes ou à caractère précis sur les moyens à employer, il ne permettrait pas à l'agent utilisant la force armée d'échapper à sa responsabilité pénale.

Enfin, la Cour de cassation relie les deux arguments dans un ensemble cohérent, car s'ils sont exploités différemment par le pourvoi, ils résultent de la même source et expriment une seule et même inspiration. L'article 122-4 du Code pénal contient deux causes d'irresponsabilité différentes – l'ordre ou l'autorisation de la loi (alinéa 1<sup>er</sup>) et le commandement de l'autorité légitime (alinéa 2) – mais liées par une structure et un régime juridique parallèles. L'article L. 435-1 du CSI n'opère pas de façon autonome, mais en s'appuyant sur l'article 122-4 puisqu'il est une autorisation donnée par une disposition législative particulière déclenchant l'exonération de responsabilité pénale. D'ailleurs, son rattachement est apparent puisqu'il a englobé dans son 5° l'ancien article 122-4-1 du Code pénal

## Actualité pénale

en en faisant une hypothèse d'application. Il est possible de remarquer que les deux causes d'irresponsabilité générales ne contiennent pas de conditions d'application. Si l'autorisation de la loi, alinéa 1<sup>er</sup>, fondée sur l'article L. 435-1 du CSI peut s'accompagner des conditions de nécessité et de proportionnalité, car prévues par les dispositions spéciales, rien ne permet de les transposer au commandement de l'autorité légitime, alinéa 2. Pourtant, la Cour de cassation reprend l'affirmation des juges d'instruction selon laquelle « que l'on se place dans le cadre d'un ordre donné par l'autorité légitime ou de l'autorisation de la loi, [...] l'action doit répondre aux mêmes exigences issues de l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure ». Comment interpréter cet ajout à la lettre de la loi ?

D'un côté, il permet de dégager et de renforcer la déontologie des forces de l'ordre dans un contexte d'exigence et de surveillance de leurs interventions. Mais, de l'autre côté, il permet aussi de rétrécir le champ d'application des causes d'irresponsabilité, ce qui peut paraître étonnant dans la mesure où l'interprétation favorable à la personne poursuivie devrait toujours être privilégiée. Équilibre délicat à trouver, la Cour de cassation s'abrite derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, même si ses remarques semblent traduire une exigence croissante dans l'usage des armes à feu par les forces de l'ordre.

## TRAVAIL DISSIMULÉ

*Conseil constitutionnel, n° 2021-937 du 7 octobre 2021*

Le Conseil constitutionnel est saisi, par voie de question prioritaire de constitutionnalité, de l'application cumulative des dispositions

## Actualité pénale

prévues par le Code du travail et le Code de la sécurité sociale relatives au travail dissimulé. L'article L. 8224-5 du Code du travail permet d'appliquer aux personnes morales reconnues coupables d'infractions relatives au travail dissimulé des peines d'amende, de dissolution, d'interdictions et de publicité prévues par l'article 131-39 du Code pénal. L'article L. 243-7-7 du Code de la sécurité sociale prévoit que le montant du redressement des cotisations sociales peut être majoré de 25 % à 40 % en cas de constatation d'infractions de travail dissimulé. La question prioritaire de constitutionnalité soutient que les dispositions conduisent à ce que les mêmes faits de travail dissimulé soient sanctionnés deux fois, ce qui constituerait « une méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines et du principe "non bis in idem" qui en découle ».

Le Conseil constitutionnel rappelle que les principes de nécessité et de proportionnalité des peines s'appliquent aussi bien aux peines prononcées par les juridictions pénales qu'à toutes les sanctions ayant le caractère d'une punition. Cependant, « le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts ». Dans cette éventualité aboutissant à un cumul de sanctions, « le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».

Le Conseil constitutionnel rend une décision de conformité, en considérant que les sanctions prévues sont de nature différente. Les sanctions prévues par le Code du travail (dissolution, amende,

## Actualité pénale

interdictions) sont de nature pénale, ce qui n'est pas le cas de la majoration du redressement prévue par le Code de la sécurité sociale.

Il est important de souligner que, même si les dispositions techniques de ces deux articles ont été modifiées, l'inspiration du texte reste la même dans leur rédaction actuelle et la solution du Conseil constitutionnel s'y adapte parfaitement.

## MESURE DE SÛRETÉ – FICHER JUDICIAIRE NATIONAL AUTOMATISÉ DES AUTEURS D'INFRACTIONS TERRORISTES

*Conseil constitutionnel, n° 2021-936 du 7 octobre 2021*

L'article 706-25-7 du Code de procédure pénale impose à une personne enregistrée dans le Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT) de faire un certain nombre de déclarations à titre de mesure de sûreté. Ainsi, ces individus doivent déclarer leur adresse ou changement d'adresse et leurs déplacements à l'étranger en se rendant personnellement au commissariat de police pendant une durée de dix ans. La question prioritaire de constitutionnalité reproche à ce dispositif son extrême rigidité – « sans prévoir aucune possibilité d'adaptation individuelle de cette mesure de sûreté, notamment dans l'hypothèse d'un travailleur transfrontalier », ce qui constituerait une méconnaissance du principe de nécessité des peines, de la présomption d'innocence et de la liberté d'aller et de venir, de la liberté d'entreprendre et du droit à l'emploi.

Le Conseil constitutionnel se penche sur la nature des mesures

## Actualité pénale

prévues par l'article 706-25-7 du Code de procédure pénale et confirme leur nature de mesure de sûreté. Puisqu'elle a pour but de prévenir le renouvellement des infractions et qu'elle repose non sur la culpabilité de l'intéressé, mais sur sa dangerosité, l'obligation de déclaration « ne constitue ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition ». Il convient de rappeler que les sanctions pénales se composent des peines qui reposent sur la culpabilité de l'auteur au regard de l'infraction commise et privilégient la répression, et des mesures de sûreté qui reposent sur la dangerosité de l'individu et favorisent la prévention en empêchant le renouvellement des infractions. Si les régimes juridiques des deux catégories ont été largement harmonisés ces dernières années, il demeure une seule différence majeure qui porte sur leur application dans le temps.

Le Conseil constitutionnel continue dans cette décision le rapprochement du régime juridique des mesures de sûreté et des peines. Il rappelle, à ce titre, que « toutefois, bien que dépourvue de caractère punitif, cette obligation doit respecter le principe, résultant des articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel la liberté personnelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire. Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi ». Une fois l'affirmation de principe faite, le Conseil vérifie le respect des principes fondamentaux par la mesure de sûreté.

Plusieurs arguments permettent au Conseil de s'assurer du respect des principes par l'obligation de déclaration contestée. Tout

## **Actualité pénale**

d'abord, le Conseil identifie les valeurs à mettre en balance dans l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de cette mesure. « Le législateur a poursuivi l'objectif de lutte contre le terrorisme, qui participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public. » Ensuite, l'inscription des auteurs d'infractions terroristes dans le FIJAIT est décidée par le magistrat compétent qui tient compte de la situation individuelle des personnes afin de la prononcer et ne s'applique pas à certaines situations spécifiques (mise en examen, décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental). Si la déclaration doit se faire lors d'un déplacement personnel au commissariat, il est possible de déclarer plusieurs déplacements en même temps. Surtout, un dispositif d'effacement de l'inscription est prévu à l'article 706-25-12 du Code de procédure pénale.

Le Conseil constitutionnel juge le dispositif de déclaration obligatoire des déplacements déclenchée par l'inscription au FIJAIT comme conforme à la Constitution puisque « l'atteinte à l'exercice de la liberté d'aller et de venir doit être regardée comme nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur ».

## **INFORMATION DU DROIT DE SE TAIRE**

*Conseil constitutionnel, n° 2021-934 et 935 du 30 septembre 2021*

La suite de déclarations d'inconstitutionnalité pour défaut d'information du droit de se taire continue.

L'article 394 du Code de procédure pénale relatif à la procédure de convocation par procès-verbal devant le tribunal correctionnel permet de traduire le prévenu sur-le-champ devant le juge des

## **Actualité pénale**

libertés et de la détention en vue de le soumettre à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou de le placer sous assignation à résidence avec surveillance électronique jusqu'à sa comparution, mais ne prévoit pas que le prévenu soit informé de son droit de garder le silence dans ce cadre. Or, le juge peut inviter le prévenu à présenter ses observations, à répondre à ses questions et, ainsi, à reconnaître les faits qui lui sont reprochés, observations susceptibles d'être portées à la connaissance du tribunal correctionnel. L'absence d'information portant sur le droit de se taire méconnaît la présomption d'innocence garantie à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) et l'inconstitutionnalité est prononcée, sans qu'il soit nécessaire de se pencher sur les autres griefs. Elle est assortie d'effet différé au 31 mars 2022, au regard des conséquences manifestement excessives en cas d'application immédiate.

Dans le même inspiration, le Conseil constitutionnel a prononcé, le même jour, l'inconstitutionnalité de l'article 145, alinéa 6, du Code de procédure pénale, en se fondant sur la même analyse juridique. Cette disposition régit le placement en détention provisoire d'une personne mise en examen par le juge des libertés et de la détention, qui donne lieu à un débat contradictoire, sans que la personne soit informée de son droit de garder le silence. Lors de cette audience, le juge pose des questions à la personne et l'invite à présenter ses observations, ce qui « peut être de nature à lui laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire », alors même que ses observations peuvent être communiquées à la juridiction de jugement. Le Conseil constitutionnel considère que la disposition méconnaît la présomption d'innocence, garantie par l'article 9 de la

## **Actualité pénale**

DDHC, de laquelle résulte « le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, dont découle le droit de se taire ». L'effet de l'inconstitutionnalité est reporté à la même date que précédemment, à savoir le 1<sup>er</sup> mars 2022.

*Élisabeth Rolin*

CNDA, M. A, n° 18037855 du 21 septembre 2021<sup>1</sup>

**La Cour nationale du droit d'asile (CNDA) accorde la protection subsidiaire à un demandeur d'asile afghan, particulièrement vulnérable, en raison des risques de mauvais traitements en cas de retour dans son pays.**

Cet arrêt permet, tout d'abord, de faire un point sur les différentes protections accordées au titre de l'asile, statut de réfugié et protection subsidiaire. Ensuite, la situation de M. A., de nationalité afghane, donne l'occasion de revenir sur les évolutions de la jurisprudence de la CNDA en ce qui concerne la situation sécuritaire en Afghanistan au cours des derniers mois.

## **I. Les différentes protections accordées au titre de l'asile<sup>2</sup>**

**L'asile** est la protection juridique qu'accorde un État d'accueil à une personne qui recherche une protection en raison de craintes d'être persécutée ou exposée à une menace dans son pays. Les conditions d'octroi de l'asile sont désormais codifiées aux articles L. 510 à L.

---

1. Cour nationale du droit d'asile. La Cour protège un ressortissant afghan vulnérable [en ligne]. Communiqué de presse, 5 octobre 2021. Disponible sur : <http://www.cnda.fr/La-CNDA/Actualites/Communique-de-presse7>

2. Cour nationale du droit d'asile. La protection accordée par la CNDA [en ligne]. Disponible sur : <http://www.cnda.fr/Demarches-et-procedures/La-protection-accordee-par-la-CNDA>

## Police administrative

513-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)<sup>3</sup>.

Le statut de réfugié est régi par les dispositions des articles L. 511-1 à L. 511-7 du CESEDA. En application de l'article L. 511-1 du même Code : « La qualité de réfugié est reconnue :

1° À toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ;

2° À toute personne sur laquelle le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut tel qu'adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 14 décembre 1950 ;

3° À toute personne qui répond aux définitions de l'article 1<sup>er</sup> de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Ces personnes sont régies par les dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la convention de Genève susmentionnée. »

Une **carte de résident de 10 ans** est délivrée de plein droit à l'étranger qui a obtenu le statut de réfugié ainsi qu'aux membres de sa famille. Ce titre de séjour lui permet de travailler en France.

**La protection subsidiaire**, quant à elle, est régie par les dispositions des articles L. 512-1 à L. 512-4 du CESEDA (anciens articles L. 712-1 et suivants du même Code) qui ont transposé le c) de l'article 15 de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13

---

<sup>3</sup>. Création 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, NOR : INTV2029043R, JORF n°0315 du 30 décembre 2020, texte n° 41.

## **Police administrative**

décembre 2011, dite directive « qualifications ». L'article L. 512-1<sup>4</sup> du CESEDA prévoit que : « Le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié mais pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves suivantes : 1° La peine de mort ou une exécution ; 2° La torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ; 3° S'agissant d'un civil, une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle et résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ».

La carte de séjour pluriannuelle bénéficiaire de la protection subsidiaire est d'une durée maximale de 4 ans. Elle autorise le bénéficiaire à séjourner en France et à y travailler comme salarié ou non-salarié, sans avoir à demander d'autorisation de travail.

En outre, des dispositions communes figurant aux articles L. 513-1 à L. 513-7 du CESEDA organisent les conditions dans lesquelles l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRO) ou la CNDA reconnaît la qualité de réfugié ou accorde le bénéfice de la protection subsidiaire.

Aux termes de l'article L. 513-2 du CESEDA : « Les persécutions ou

---

**4.** Conformément à l'article 20 de l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020, ces dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2021.

## **Police administrative**

menaces de persécutions prises en compte dans la reconnaissance de la qualité de réfugié et les atteintes graves ou menaces d'atteintes graves pouvant donner lieu au bénéfice de la protection subsidiaire peuvent être le fait des autorités de l'État, de partis ou d'organisations qui contrôlent l'État ou une partie substantielle du territoire de l'État, ou d'acteurs non étatiques dans les cas où les autorités définies au premier alinéa de l'article L. 513-3 refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection » et aux termes de ce premier alinéa de l'article L. 513-3 : « Les autorités susceptibles d'offrir une protection peuvent être les autorités de l'État ou des partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'État ou une partie importante de son territoire de celui-ci. Cette protection doit être effective et non temporaire ».

Enfin, aux termes de l'article L. 513-4 de ce Code : « Les craintes de persécutions prises en compte dans la reconnaissance de la qualité de réfugié et le risque réel de subir des atteintes graves pouvant donner lieu au bénéfice de la protection subsidiaire peuvent être appréciés sur le fondement d'événements survenus après que le demandeur d'asile a quitté son pays d'origine (...) ».

Lorsque la CNDA est saisie de recours formés contre les décisions de rejet de l'OFPRA, accordant ou refusant le bénéfice de l'asile, comme au cas d'espèce, la Cour examine, de manière systématique, le bien-fondé de l'octroi d'une protection au titre de la qualité de réfugié puis le bien-fondé de l'octroi de la protection subsidiaire.

Police administrative

## II. Au cas d'espèce, la qualité de réfugié ne peut être reconnue au requérant...

En premier lieu, après avoir établi dans le cadre de son instruction la nationalité afghane du requérant, la Cour vérifie s'il peut prétendre à la reconnaissance de la qualité de réfugié. En conséquence, elle examine les arguments et l'ensemble des faits portés à sa connaissance en tenant compte de la situation géopolitique à la date où elle statue, c'est-à-dire à la date de l'audience, en l'espèce au 31 août 2021. Au paragraphe 5 de sa décision, elle précise que « M. A, né le 1<sup>er</sup> janvier 1999 à Chaotra, village du district de Mohammad Agha, province de Logar, soutient qu'il craint d'être persécuté, en cas de retour dans son pays d'origine, par les *taliban* qui l'accusent d'avoir dénoncé quelques-uns de leurs combattants à l'armée afghane début 2015. Il fait valoir, dans ses écritures, qu'en février 2015, ses parents ainsi que son frère aîné sont décédés et la maison familiale détruite lors d'affrontements entre forces gouvernementales et talibanes. Peu après, il a été approché par des *taliban* qui lui ont proposé de les rejoindre afin de venger ses parents. Craignant d'être tué en cas de refus, il a feint de solliciter un délai pour réfléchir à leur proposition. Il est ensuite rentré au village en même temps que d'autres *taliban* y étaient attaqués par l'armée. Accusé de les avoir dénoncés, il a été arrêté alors qu'il fuyait le village puis détenu et maltraité par les *taliban* avant d'être libéré grâce à l'attaque de l'armée nationale afghane. Craignant pour sa sécurité, il a quitté l'Afghanistan en avril 2015 et a rejoint la France en décembre 2017».

## Police administrative

Au paragraphe 6, après avoir établi la provenance géographique du requérant, la Cour relève des contradictions dans ses déclarations, en particulier lors de l'audience, qui affectent la crédibilité de son récit personnel sur les risques de persécution par les *taliban*. Dans ces conditions, il ne peut lui être reconnu la qualité de réfugié.

### **III. ... mais la protection subsidiaire lui est accordée en raison de sa particulière vulnérabilité et eu égard à la situation sécuritaire à la fin de l'été 2021**

Dans un second temps de son raisonnement, la Cour examine si le requérant peut bénéficier de la protection subsidiaire en prenant en compte les sources publiques disponibles, notamment du rapport du Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEAA) sur la situation sécuritaire en Afghanistan publié en septembre 2021, qui relève que, depuis le 16 août 2021, la victoire militaire des forces talibanes conjuguée à la désagrégation des autorités gouvernementales et de l'armée nationale afghane et au retrait des forces armées étrangères a, pour l'essentiel, mis fin au conflit armé que connaissait le pays depuis plusieurs années. Dans ces conditions, elle en déduit que M. A. ne peut donc plus prétendre au bénéfice d'une protection subsidiaire en application des dispositions du 3° de l'article L. 512-1 du CESEDA qui impliquent de prendre en compte notamment l'intensité des affrontements armés, le niveau d'organisation des forces armées en présence, la durée du conflit, l'étendue géographique de la situation de violence, ou l'agression éventuellement intentionnelle contre des civils exercée par les belligérants.

## Police administrative

Ce raisonnement de la Cour s'inscrit à la suite de sa décision n° 18054661 du 19 novembre 2020 confirmée par le Conseil d'État, juge de cassation, dans son arrêt du 9 juillet 2021, n° 448707<sup>5</sup>, publié au recueil Lebon. La CNDA analyse très précisément la situation sécuritaire en Afghanistan pour caractériser le niveau de violence, comme le fait également la Cour de Justice de l'Union européenne dans son arrêt du 10 juin 2021<sup>6</sup>. Dans sa décision du 19 novembre 2020, la CNDA avait estimé que si certaines provinces étaient en proie à des combats ouverts intenses, aucune situation de combat ouvert ni d'affrontement prolongé n'étaient à déplorer en octobre 2020 dans la province de Kaboul, point d'entrée sur le territoire. En conséquence, elle n'avait pas qualifié la situation de violence aveugle d'une exceptionnelle intensité mettant en péril la vie de quiconque s'y rendrait, à la différence du niveau de violence constaté à Kaboul en 2018. De même, elle ne qualifie pas la situation sécuritaire à la fin de l'été 2021 de violence d'une intensité exceptionnelle telle que tout civil, du seul fait de sa présence, courrait un risque réel de subir une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne.

Mais la Cour poursuit ensuite son raisonnement, en examinant, en dernier lieu, la situation individuelle du requérant, compte tenu de la désorganisation générale du pays laissant place à des éléments plus ou moins incontrôlés, y compris parmi les différents groupes

---

5. Conseil d'État. Base de jurisprudence, Décision n° 448707, 9 juillet 2021 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-07-09/448707>

6. CJUE, 10 juin 2021, affaire C-901/19, CF et DN c/ Bundesrepublik Deutschland.

### Police administrative

*taliban* locaux, et de son niveau élevé de violence, d'insécurité et d'arbitraire de la part des autorités. De fait, la Cour considère qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que M. A., qui a quitté son pays il y a six ans à l'âge de seize ans, qui est démuné et isolé et qui, de surcroît, souffre d'une pathologie du bras gauche et de troubles psychiques, serait particulièrement exposé dans son pays à un risque réel et personnel de subir des traitements inhumains ou dégradants. Par conséquent, la Cour conclut que le requérant peut donc actuellement prétendre au bénéfice de la protection subsidiaire en application du 2° de l'article L. 512-1 du CESEDA.

**Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée**

*Xavier Latour*

**Le maire et la police : quelle responsabilité en cas de carence ?**

Dans un contexte de grande sensibilité de nos concitoyens à des troubles variés, le maire apparaît comme un repère.

Bien identifié, autorité de proximité et attaché à ses prérogatives en matière d'ordre public, le maire suscite des attentes. Parfois, à tort ou à raison, elles sont déçues. Le maire se voit reprocher de ne pas agir, de ne pas agir assez vite ou assez fort.

Sans nécessairement maîtriser les arcanes de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, les administrés ont bien compris que le maire compte.

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle et sur le fondement tant du Code général des collectivités territoriales (CGCT) que du Code de la sécurité intérieure (CSI), il dispose de réels pouvoirs de police administrative (générale ou spéciale) surtout, de police judiciaire à la marge. Dans ce dernier domaine, le maire agit en application du Code de procédure pénale. Si l'État veille à limiter son action, quelques domaines impliquent son intervention (Code de la route, règles d'urbanisme...).

Au-delà des conséquences politiques, la question est alors de savoir comment le droit appréhende la carence réelle ou supposée.

Le sujet prend un relief particulier en raison des revendications de plus en plus insistantes de maires qui souhaiteraient bénéficier de

## **Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée**

prérogatives accrues. La loi pour une sécurité globale préservant les libertés (n° 2021-646 du 25 mai 2021) aurait pu leur donner raison, sans l'opposition du Conseil constitutionnel (DC 20 mai 2021, n° 2021-81).

En matière de police judiciaire, le maire agissant au nom de l'État, la responsabilité de ce dernier sera recherchée.

À l'inverse, la police administrative intéresse la responsabilité de la commune.

Le maire est exposé à plusieurs formes de carence.

D'une part, il peut mal identifier un trouble potentiel à l'ordre public. À défaut d'une bonne interprétation d'un danger, il s'abstiendra de prendre les mesures nécessaires (arrêtés d'interdiction, signalisation...).

D'autre part, malgré sa connaissance d'une situation, le maire décide parfois de ne pas agir ou intervient de manière insuffisante ou tardive. Son inaction peut justifier l'intervention du préfet qui emploie alors ses pouvoirs de substitution d'action ; ce fait ne déplace pas la responsabilité. En cas de dommage, la commune demeure responsable.

La carence d'un maire entre potentiellement dans le champ de la responsabilité pour faute.

Si, pendant longtemps, la faute lourde a été retenue pour les actions matérielles et la faute simple pour les activités de réglementation, la distinction n'est plus aussi nette. En effet, le recul constant de la faute lourde dans la jurisprudence administrative conduit à des approches moins favorables à l'administration.

**Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée**

Néanmoins, l'inaction de l'administration n'est pas systématiquement une expression de sa mauvaise volonté ou de son incapacité d'agir. Il s'agit parfois d'un choix dicté par des intérêts supérieurs et, notamment, par la volonté de ne pas aggraver une situation déjà compliquée. La situation est appréciée au regard du contexte.

La carence intéresse, également, le référé.

À cet égard, si le recours pour excès de pouvoir semble théoriquement approprié pour obtenir l'annulation d'un refus, les délais de jugement obèrent son intérêt pratique.

Tel n'est pas le cas pour le référé-liberté. Faut-il encore que toutes les conditions de sa mise en œuvre soient réunies. L'urgence en fait partie, de même que l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Or, la violation de cette dernière est souvent âprement discutée.

<i>Directeur de publication :</i>	<b>Colonel Dominique SCHOENHER</b>
<i>Rédacteur en chef :</i>	<b>G<sup>al</sup> d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD</b>
<i>Rédacteurs :</i>	<b>G<sup>al</sup> d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD Claudia GHICA-LEMARCHAND Xavier LATOUR Elisabeth ROLIN Charles RAVAUT</b>
<i>Équipe éditoriale :</i>	<b>Odile NETZER</b>