

# LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 86

Avril 2020

## EDITO

Le confinement doit être celui des corps et non des esprits ! Cette période inédite nous permet d'approfondir la réflexion, avec des angles d'attaque inédits. En effet, la crise bouleverse les paradigmes, oblige chacun de nous à se projeter dans un monde qui ne sera pas comme avant, mais qui s'enracinera nécessairement dans l'avant. On ne fait pas table rase du passé, mais on devine aussi que le futur sera différent. Plusieurs points me paraissent être déjà identifiés :

- L'État régalien revient en première ligne. Mais cet État a trop embrassé et donc mal étreint. Il a voulu être la « Providence », avec notre complicité d'ailleurs, il va redevenir

*(Suite page 2)*



## Edito

« Gendarme », en recentrant son action sur ce qui fait sa légitimité : la défense, la sécurité, la justice, la diplomatie, la gestion de crise. L'état épicière est mort ! vive le retour de l'État stratège !

- L'État stratège doit s'inscrire dans le temps long. C'est en sacrifiant le futur au présent, que les dirigeants successifs n'ont pas tenu compte des enseignements des Livres blancs qui, depuis 2008 au moins, annonçaient la pandémie et appelaient à préparer la Nation à cette certitude. *Panem et circences*, telle pourrait être la devise de notre société, trop préoccupée par l'immédiat au risque de nuire aux futures générations.
- Si les « anciens » ont souffert et souffriront encore longtemps du confinement, les jeunes générations vont en sortir marquées pour longtemps et, sans doute, se montrer très exigeantes quant aux décisions qui vont engager l'avenir. Les fractures générationnelles doivent être évitées. Sinon il n'y aura pas d'unité nationale.
- La recherche de l'unité nationale ne doit pas avoir pour conséquence de rassembler une « mosaïque » d'hommes et de femmes politiques usés. L'heure est au renouvellement des élites ! Elles existent, il suffit de leur donner la parole. Internet ne permet pas le droit à l'oubli. Les paroles, écrits, décisions des leaders de demain seront passés au crible. Le moindre écart entraînera une « lapidation numérique ». La constitution du gouvernement ou des listes électorales sera d'abord un travail d'archéologie pour éviter l'instabilité du lendemain.
- La santé est perçue comme la première richesse. Les

**Edito**

médecins, infirmier(e)s, aide-soignant(e)s sont des « héros » encensés à 20h. Mais l'organisation de la santé est, quant à elle, critiquée. La bureaucratie du système de santé (cf. nos ARS) n'existe pas en Allemagne qui consacre à la santé un pourcentage de son PIB identique (11 %). Il n'est pas difficile de chercher l'erreur.

- L'Europe a un boulevard devant elle, pourvu qu'elle sache s'unir. Les égoïsmes des « Pays du Nord » doivent céder la place à la solidarité. Tous les concurrents ou adversaires de l'Europe n'attendent que sa chute. L'heure est venue de se serrer les coudes !
- La ville est désormais perçue par de nombreux Français comme un espace oppressant, impersonnel, véritable « prison pour confinés ». Une accélération du mouvement de retour « au vert » est inévitable (depuis plusieurs années, les deux tiers de la croissance démographique de la France vivent en dehors de grandes métropoles). Mais deux conditions sont nécessaires : l'accès au très haut débit, sans lequel le télétravail ou le développement d'activités sont impossibles ; l'accès aux moyens de transport permettant de mieux desservir les territoires enclavés. Il y a fort à parier que la SNCF et les régions s'entendent pour (r)ouvrir des lignes délaissées.
- L'enseignement a fait la « découverte » des moyens de visioconférence (parfois peu compatibles avec la protection de nos données). Si le présentiel ne peut être abandonné, beaucoup d'applications peuvent favoriser l'accès aux meilleurs contenus, dispensés par les meilleurs enseignants, quel que soit le lieu où l'élève se trouve. Nul doute que cela

**Edito**

devrait influencer les modes d'enseignement, avec le risque déjà connu d'accentuation des disparités entre les élèves, selon leur environnement familial. Le télé-enseignement est surtout adapté à l'université. Il pourrait contourner les velléités de blocage des universités par la minorité agissante...

Le CREOGN continue d'agir, malgré le Covid-19, preuve de sa résilience. Publications (merci à madame Netzer !), téléconférences, etc. sont là pour en attester. Mais il est aussi au cœur de la gestion de crise en renforçant les structures nationales et régionales de la gendarmerie. Enfin une bonne nouvelle dans cette période sombre...

Quant à vous, nos fidèles lecteurs, nous vous espérons en bonne santé. Respectez les consignes de confinement, sinon pour vous, du moins pour les autres, pour les personnels des hôpitaux. Que faire confiné ? Lire la Veille juridique !

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



## SOMMAIRE

<b>Déontologie et sécurité</b> .....	<b><u>6</u></b>
<b>Droit de l'espace numérique</b> .....	<b><u>18</u></b>
<b>Actualité pénale</b> .....	<b><u>41</u></b>
<b>Police administrative</b> .....	<b><u>68</u></b>
<b>Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée</b> .....	<b><u>77</u></b>



*Frédéric DEBOVE*

## Après la vie du rail, la SuGe déraile !

Dans un entretien accordé au journal *Le Monde* (25 mars 2020), le secrétaire d'État chargé des transports, Jean-Baptiste Djebbari, déclarait récemment que l'offre de trains était appelée à être réduite très fortement, à la fois s'agissant des TGV mais également des Intercités « afin d'éviter les dérives des derniers jours ». En considération de la crise sanitaire résultant de la pandémie du Covid-19, les abus à l'origine de la réduction drastique de la circulation ferroviaire se rapportaient ici à l'incivisme de milliers de voyageurs tentés de se soustraire au confinement ordonné par les pouvoirs publics. Cependant, de la même manière qu'un train peut en cacher un autre, certaines dérives peuvent en dissimuler ou en annoncer d'autres. Après celles des voyageurs, ce sont celles de certains personnels de la Surveillance générale de la SNCF (SUGE) que le Défenseur des droits vient ainsi stigmatiser **dans une décision (n° 2020-056) récente en date du 19 mars 2020.**

À l'origine de cette décision se trouve une réclamation d'un voyageur qui mettait en cause les conditions de son interpellation par des agents de la surveillance générale de la société nationale des chemins de fer dans une gare. Soulignons que les agissements dont se plaignait le réclamant étaient relativement anciens (septembre 2016) mais que l'ancienneté des faits, quand bien même est-elle de nature à constituer un frein aux investigations, n'est plus une cause d'irrecevabilité de la réclamation déposée devant le Défenseur des droits (c'est d'ailleurs là une différence

## Déontologie et sécurité

majeure avec l'ancienne Commission nationale de déontologie de la sécurité – CNDS – qui devait être saisie d'éventuels manquements à la déontologie au plus tard dans l'année suivant les faits litigieux). Plus précisément, les faits dénoncés se présentent comme suit : alors qu'ils se trouvent à bord d'un train aux alentours de 22h00, deux frères, âgés respectivement de 17 et 23 ans, font l'objet d'un contrôle de titre de transport. Constatant que le plus jeune des individus est démuné de tout titre de transport et refuse de présenter une pièce d'identité ou simplement de la décliner, les contrôleurs de la SNCF font alors appel à leurs collègues de la surveillance générale (SUGE). Arrivés en renfort, les agents de la SUGE enjoignent alors au contrevenant de descendre du train au prochain arrêt aux fins de mise en œuvre d'un contrôle d'identité par des fonctionnaires de la police nationale. Au moment où l'individu mineur est accompagné sur le quai de la gare pour être présenté à des fonctionnaires de police, un accrochage a lieu entre son grand frère et des agents de la SUGE. La version des faits litigieux diverge notablement selon les protagonistes, étant observé que l'endroit de l'altercation n'est pas couvert par des caméras de vidéoprotection et que seule une partie de la scène a pu être figée par un film réalisé par un témoin. Selon le frère du contrevenant, des agents de la SUGE l'auraient extrait du train *manu militari*, sans autre forme de procès ni d'explication, alors qu'il se trouvait à proximité de la porte du train sans en bloquer la fermeture. Sur le quai, il aurait été tenu très fermement au niveau du cou et des poignets avant de perdre connaissance un court instant à la suite d'un geste d'étranglement. Dans un réflexe de défense, et pour se libérer de l'oppression résultant de la

**Déontologie et sécurité**

contrainte, le réclamant reconnaît avoir alors griffé et mordu au poignet l'un des agents de l'équipe d'intervention. Pour leur part, les agents de la SUGE affirment avoir été contraints de faire usage de la force à l'encontre du voyageur en considération du comportement de ce dernier qui, après avoir empêché le départ du train en paralysant la fermeture des portes, les avait agressés physiquement en les mordant et les griffant pour échapper à leur emprise. Au surplus, le voyageur n'aurait subi aucune forme d'étranglement, mais tout au plus une mise à distance de la mâchoire pour éviter toute nouvelle morsure à l'encontre d'un membre de l'équipe de la SUGE. Par-delà ces divergences importantes dans la restitution des faits litigieux, les différents protagonistes s'accordent parfaitement sur la suite des événements : une fois maîtrisé et menotté, l'aîné des deux frères est placé sur un banc en attendant l'arrivée d'un équipage de police et des pompiers. Après conduite au commissariat, le plus jeune des deux frères est pris en charge par l'un des autres membres de la famille tandis que son aîné est placé en garde à vue pour violences aggravées. Au cours de la garde à vue, le suspect est examiné par un médecin qui délivre un certificat attestant de la compatibilité de la mesure de contrainte avec l'état de santé de l'intéressé, sans mentionner de lésions visibles. Dans le même temps, les examens médicaux pratiqués à l'égard des personnels de la SUGE impliqués dans cette intervention font état de lésions superficielles de griffures, d'une contusion du poignet gauche, ou bien encore de plaies scapulaires par morsure.

**Déontologie et sécurité**

**Pas de bras, pas de chocolat ; pas de ticket, pas de trajet !**

Appelé à se prononcer sur les éventuels manquements à la déontologie se rapportant à cette intervention d'un équipage de la SUGE, le Défenseur des droits procède à une analyse méthodique des faits litigieux en les scindant en plusieurs séquences chronologiques allant du contrôle de titre de transport jusqu'aux écrits réalisés à la suite de cette intervention.

S'agissant de l'opération de vérification de titre de transport, le contrôle opéré par le Défenseur des droits porte tout particulièrement sur l'injonction de descendre du train. Alors que l'aîné des frères avait exprimé le souhait que le contrôle de son frère fut poursuivi à bord du train, les agents de la SUGE avaient en l'espèce procédé différemment en enjoignant au mineur de descendre du train à l'occasion du prochain arrêt en gare. Cette injonction était-elle juridiquement valable ?

C'est ici le Code de transports qu'il convient de consulter dans sa rédaction aujourd'hui issue de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités. Dans sa deuxième partie législative, ce Code comporte en effet un livre entier (livre II) consacré à la sécurité et à la sûreté des transports ferroviaires ou guidés (art. L. 2211-1 et s.), au sein duquel des dispositions spécifiques sont dédiées à la police du transport (art. L. 2241-1 à L. 2242-8) ainsi qu'aux services internes de sécurité de la SNCF et de la RATP (respectivement la SUGE et le GPSR). À la lecture des textes précités, il apparaît que les agents assermentés de l'exploitant du service de transport (les contrôleurs de la SNCF), comme les agents assermentés missionnés du service interne de sécurité de la SNCF

**Déontologie et sécurité**

(les agents de la SUGE), sont habilités à constater par procès-verbaux certaines infractions à la police du transport, et singulièrement la violation des dispositions tarifaires. À cette fin, lesdits agents assermentés disposent de la faculté de recueillir ou de relever l'identité et l'adresse des contrevenants (art. L. 2241-2 C. transports et 529-4 C. pr. pén.). Dans l'hypothèse où le contrevenant refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, les agents assermentés de la SNCF sont en droit d'en aviser sans délai et par tout moyen un officier de police judiciaire territorialement compétent (et donc, selon les zones territoriales, un officier de police judiciaire issu de la police ou de la gendarmerie nationales). Sur l'ordre de ce dernier, les agents assermentés de la SNCF peuvent être autorisés à retenir l'auteur de l'infraction le temps strictement nécessaire à l'arrivée de l'officier de police judiciaire ou, le cas échéant, à le conduire sur-le-champ devant lui. Pendant le temps nécessaire à l'information et à la décision de l'officier de police judiciaire, le contrevenant est tenu de demeurer à la disposition de l'agent assermenté. La violation de cette obligation, comme plus globalement le refus d'obtempérer aux injonctions de l'agent assermenté, est punie de deux mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende. En considération des faits de l'espèce et plus particulièrement du comportement du contrevenant (qui refuse que son identité soit recueillie ou relevée), l'injonction de descendre ne caractérise aucune violation des dispositions du Code des transports ni aucun manquement à la déontologie de la sécurité.

## Déontologie et sécurité

### Tout cela ne vaut vraiment pas... le cou !

En même temps que l'injonction de descendre du train reçoit, dans son principe même, un *satisfecit* du Défenseur des droits, ses modalités de mise en œuvre ne sont pas jugées avec la même bienveillance. Loin s'en faut.

En application du Code des transports (art. L. 2241-6), une injonction de descendre du train peut concerner non seulement tout contrevenant aux dispositions tarifaires mais également tout voyageur dont le comportement est susceptible, soit de compromettre la sécurité des personnes ou la régularité des circulations, soit de troubler l'ordre public. Faire obstacle à la fermeture des portes du train au moment où le signal de fermeture retentit (comme le relate le procès-verbal de contravention dressé à cette occasion) caractérise à l'évidence une manœuvre d'entrave à la régularité des circulations. Aussi, malgré des versions divergentes sur ce point, si l'on admet, comme le Défenseur des droits, que l'aîné des deux frères empêchait effectivement la fermeture des portes au moment de l'intervention des personnels de la SUGE, l'injonction de descendre du train était a priori tout aussi légitime à son encontre qu'à l'égard de son frère. Justifiée dans son principe, une injonction de descendre du train peut être mise en œuvre coercitivement, dès l'instant que l'individu auquel elle s'adresse n'obtempère pas. En tant que de besoin, les personnels assermentés de la SNCF peuvent d'ailleurs requérir l'assistance de la force publique (art. L. 2241-6 C. transports), ce qui s'avère tout à fait exceptionnel en pratique. Lorsqu'elle s'accompagne de l'usage de la contrainte physique, l'injonction de

**Déontologie et sécurité**

descendre du train doit alors s'effectuer dans le respect des dispositions de l'article R. 2251-17 du Code des transports (dans sa rédaction actuelle issue d'un décret n° 2019-726 du 9 juillet 2019). En d'autres termes, la force déployée doit être nécessaire et proportionnée au but à atteindre ou à la gravité de la menace. Légitimité, nécessité, proportionnalité, la trinité est bien connue et se retrouve invariablement dans tous les textes encadrant le recours à la force (V. entre autres art. 2 DDHC ; art. R. 434-18 CSI). Soulignons à cet égard que le fait de résister violemment à une injonction de descendre du train mise en œuvre ici coercitivement est de nature à caractériser le délit de rébellion défini et réprimé aux articles 433-6 et suivant du Code pénal. En ce qu'il est puni d'une peine d'emprisonnement, le délit de rébellion autorise les agents de la SUGE à procéder à l'interpellation de son auteur, conformément aux dispositions de l'article 73 du Code de procédure pénale. Toutefois, qu'elle soit fondée sur l'article R. 2251-17 du Code des transports ou sur l'article 73 du Code de procédure pénale, la force déployée doit en toutes circonstances être nécessaire et proportionnée aux conditions de l'arrestation (Crim., 13 avril 2005, Bull. Crim. n° 131).

S'agissant de la proportionnalité de la contrainte déployée à l'encontre du réclamant, le Défenseur des droits observe, à partir de l'enregistrement vidéo réalisé par un voyageur, que l'usage de la force s'est notamment manifesté par un geste (encercllement du cou du voyageur par le bras de l'un des personnels de la SUGE) qui s'apparente à une prise d'étranglement d'une durée au moins égale à dix secondes. Auditionnés par le Défenseur des droits sur la pertinence et la justesse de ce geste technique, des formateurs de la SUGE ont tenu à souligner que « la pratique dite du "cerclage"

## Déontologie et sécurité

n'était pas enseignée au-dessus de la ligne d'épaule (cou, colonne vertébrale, tête), considérée comme une "zone rouge", en raison des risques que représente une contrainte sur ces parties du corps. Ces prohibitions sont d'ailleurs contenues dans le support de formation initiale relatif aux techniques d'intervention de la Surveillance Générale ». À la lumière de cet éclairage pratique, la conclusion du Défenseur des droits s'impose alors comme une coulée de lave en donnant l'impression de l'inévitable : indépendamment du comportement du voyageur rétif à l'injonction de descendre du train, *« l'enserrement de manière prolongée du cou, zone présentée comme interdite de manipulation lors des formations dispensées aux agents de la SUGE, était un geste inadapté, dangereux et disproportionné au but à atteindre et à la gravité de la menace »*. En crispant la situation au lieu de l'apaiser, ce geste d'étranglement traduit un manque de maîtrise des techniques professionnelles d'intervention qui réclame des poursuites disciplinaires à l'encontre de son auteur, selon les vœux mêmes de l'autorité administrative indépendante.

### Big voyageur is watching you !

Dans son roman de science-fiction *1984*, l'écrivain britannique George Orwell met en scène l'intrigant personnage de Big Brother, chef de l'État d'Océania, espionnant la vie privée des citoyens grâce à un système de vidéosurveillance destiné à veiller sur le strict respect des règles qu'il impose à grand renfort de propagande et de culte de la personnalité. Depuis lors, la figure de « B.B. », en novlangue, est érigée en emblème des dictatures et

**Déontologie et sécurité**

autres États policiers qui bafouent allégrement les droits les plus fondamentaux des citoyens dans le cadre d'un contrôle social généralisé et liberticide. De la science-fiction à la réalité, il n'y a parfois qu'un pas ... ou plutôt quelques décennies. Notre société postmoderne est aujourd'hui marquée du sceau de la surveillance. Contrairement à la société disciplinaire théorisée par Jérémy Bentham dans son fameux Panoptique, la surveillance contemporaine est désormais globale. Elle dépasse les lieux clos et les sujets enfermés. Elle s'affranchit de l'opposition entre espaces privés et espaces publics. Avec la démocratisation et la miniaturisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (smartphones, scanners pour ondes Wifi, micros directionnels, etc.), la surveillance tend de surcroît à se banaliser tout en se rééquilibrant. Il devient aujourd'hui banal d'être surveillé, même si l'on est un citoyen ordinaire qui ne fait l'objet d'aucune mesure de justice, ne détient pas de secrets redoutables ou n'a pas une activité d'une redoutable dangerosité (en ce sens F.-B. Huyghe). Banale, la surveillance n'est plus à présent asymétrique et unilatérale. Elle ne s'exerce plus seulement sur les citoyens. Accessible à chacun d'entre nous, le contrôle se retourne désormais contre ceux qui en avaient jadis le monopole, à savoir les dépositaires de l'autorité publique ou les personnes chargées d'une mission de service public. Aujourd'hui, les citoyens n'hésitent plus à devenir surveillants à leur tour, animés en cela par toutes sortes de « bonnes raisons » (précaution, anxiété, curiosité, militantisme, civisme, etc.). Dans une société qui réclame toujours plus de transparence dans l'action publique, rester anonyme ou agir de manière invisible est devenu une gageure. Toute velléité d'action clandestine est d'ailleurs fermement combattue, tel est le

## Déontologie et sécurité

deuxième enseignement de la décision du Défenseur des droits n° 2020-056 en date du 19 mars 2020.

Au moment de l'intervention litigieuse, l'un des personnels de la SUGE avait enjoint à un témoin d'arrêter de filmer la scène, tout en le menaçant de verbalisation au motif que ses agissements auraient caractérisé un délit pénal. À l'occasion de son audition par le Défenseur des droits, l'agent considéré de la SUGE avait reconnu avoir proféré cette menace en pleine connaissance de son caractère mensonger. Appelé à se prononcer sur ces diverses injonctions et menaces, le Défenseur des droits rappelle tout d'abord l'importance que peuvent constituer les enregistrements vidéo dans l'exercice de la mission de contrôle de la déontologie des personnes exerçant des activités de sécurité. Le Défenseur des droits poursuit son analyse en observant que de manière générale, *« en dehors de cas prévus par l'article 226-1 du code pénal, les forces de sécurité exerçant leurs missions ne peuvent s'opposer à l'enregistrement d'images ou de sons. Ainsi, les enregistrements ne sont prohibés que lorsqu'ils concernent l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ou des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel et que l'enregistrement a été réalisé sans le consentement de la personne concernée »*. Il s'ensuit alors fort logiquement que l'enregistrement de l'interpellation effectuée par des agents de la SUGE, dans le cadre de leur mission, sur le quai d'une gare, n'est donc nullement prohibé. Enjoindre – de surcroît de mauvaise foi – à un témoin d'arrêter de filmer sous la menace de le verbaliser caractérise un manquement déontologique, et plus particulièrement une violation des devoirs d'exemplarité, de respect et d'honnêteté auxquels les personnels de la SUGE sont tenus à l'égard de la clientèle et des tiers (art. R. 2251-12 C.

## **Déontologie et sécurité**

transports ; art. 23 C. déontologie interne se rapportant aux agents de la sûreté ferroviaire, applicable au moment des faits).

### **Infidélité et paresse**

Proche du symbolisme, le célèbre écrivain, romancier et poète français Henri-François-Joseph de Régnier, ne voyait dans la fidélité en amour qu'une forme de paresse du désir. À s'en tenir à la déontologie de la sécurité, c'est davantage l'infidélité dans la rédaction d'écrits professionnels qui constituerait une forme de nonchalance ! Dans le cadre de ses investigations, le Défenseur des droits avait en effet été conduit à prendre connaissance de divers documents écrits (main courante informatisée, rapport d'interpellation) se rapportant à l'intervention litigieuse, objet de sa saisine. En même temps qu'ils décrivaient le comportement de résistance active et violente du voyageur récalcitrant, les divers écrits professionnels ne soufflaient mot des gestes de contrainte mis en œuvre par l'un des personnels de la SUGE. Bien mieux, l'un des écrits se rapportant à l'injonction de descendre du train avait été rédigé par un personnel de la SUGE qui n'était pas directement au contact du voyageur considéré (au motif que la rédaction des mains courantes se faisait en pratique à tour de rôle par les agents composant les équipes intervenantes). En considération de l'incomplétude et de l'imprécision des comptes rendus liés à l'opération litigieuse, le Défenseur des droits n'éprouve aucune difficulté à caractériser un autre manquement à la déontologie de la sécurité, et plus singulièrement une violation de l'obligation de relater avec fidélité et précision les faits ou événements s'étant déroulés dans la journée de service (art. 20 C. de déontologie

**Déontologie et sécurité**

interne aux agents de la SNCF applicable au moment des faits). En complément de cet ultime constat de manquement à la déontologie, le Défenseur des droits recommande à la direction de la sûreté de la SNCF de mettre en place les moyens nécessaires à la rédaction d'écrits précis, décrivant les gestes réalisés, dès lors qu'il est fait usage de la force.

**Droit de l'espace numérique**

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

**JURISPRUDENCE JUDICIAIRE**

**Recel de fichiers faisant l'apologie du terrorisme**

La combinaison des articles 321-1 et 421-5 du Code pénal soulève des difficultés quant à la motivation de l'auteur. Après avoir eu des certitudes, illustrées notamment par l'arrêt du 7 janvier 2020 commenté ci-dessous, la Cour de cassation a aujourd'hui des doutes dont témoigne la question prioritaire de constitutionnalité, objet de son arrêt du 24 mars 2020.

**Les certitudes**

*Cour de cassation, Ch. criminelle n° 2789 (19-80.136), M.X., 7 janvier 2020*

Le téléchargement volontaire de fichiers faisant l'apologie du terrorisme est condamnable si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers. Autorisée par le juge des libertés et de la détention, la visite d'un véhicule et au domicile où réside M.X., permet de découvrir, dans son ordinateur portable et dans ses deux téléphones mobiles, de nombreux documents et enregistrements faisant l'apologie d'actes de terrorisme.

En première instance, en vertu des dispositions des articles 321-1 et 421-2-5 du Code pénal, le tribunal correctionnel le condamne à 5 ans d'emprisonnement, dont un an avec sursis et mise à l'épreuve,

**Droit de l'espace numérique**

ainsi qu'à une interdiction de séjour en Moselle de cinq ans et à la confiscation des scellés.

**Article 321-1**

Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

**Article 421-2-5**

Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne.

Lorsque les faits sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables.

## **Droit de l'espace numérique**

Le condamné fait appel sans succès. Il se pourvoit en cassation en arguant que le délit d'apologie d'actes de terrorisme réprime l'expression d'une opinion présentant l'acte terroriste sous un jour favorable et constitue un abus dans la liberté d'expression. Il ajoute dans son moyen que le seul fait de détenir un support dans lequel est exprimée cette opinion ne peut être qualifié de recel. Qu'en le condamnant du chef de recel d'apologie d'actes de terrorisme pour avoir détenu des fichiers informatiques dans lesquels des tiers faisaient l'apologie d'actes de terrorisme, au seul motif qu'il avait connaissance de leur nature frauduleuse et illicite, la cour d'appel a porté une atteinte non nécessaire et disproportionnée à son droit de recevoir des informations ou des idées, en violation notamment des articles 6, 7 et 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La Cour de cassation lui donne tort. Elle rappelle à titre liminaire que la condamnation prononcée n'est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme que si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers. Elle constate que le comportement de M. X. démontre une certaine adhésion aux propos apologétiques. « La multiplicité, la diversité et le caractère volontaire de la sélection des documents téléchargés excluent qu'il ait pu agir de bonne foi par simple curiosité, quête spirituelle ou parce qu'il se retrouvait dans une situation de détresse psychologique, matérielle et familiale ainsi qu'il le prétend ».

## Droit de l'espace numérique

### Le doute de la Cour de cassation

Mais la Cour de cassation a des doutes. L'infraction de recel d'apologie du terrorisme, résultant de la combinaison des articles 321-1 et 421-2-5 du Code pénal, selon la portée que lui donne l'interprétation jurisprudentielle constante de la Cour de cassation (cf. Crim. 7 janvier 2020 ci-dessus), n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

Par un arrêt du 24 mars 2020 (n°782 (19-86.706)), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a saisi le Conseil constitutionnel par une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ainsi rédigée :

« Les dispositions combinées des articles 321-1 et 421-2-5 du code pénal, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation, en ce qu'elles incriminent, sous la qualification de recel d'apologie du terrorisme, la consultation de sites internet faisant l'apologie du terrorisme, ou la possession d'un support informatique ou numérique sur lequel serait téléchargé le produit d'une telle consultation, sont-elles contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit et, plus précisément, au principe de la liberté d'opinion et de communication garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et méconnaissent-elles l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel ? ».

La Cour de cassation estime (cf. *supra* arrêt du 7 janvier) que le recel de fichiers ou de documents apologétiques notamment issus

## **Droit de l'espace numérique**

de la consultation de sites à caractère terroriste peut être incriminé si est au moins caractérisée, en la personne du receleur, une adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers. Elle demande donc au Conseil constitutionnel d'apprécier si son interprétation est susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication.

Le Conseil a eu à se prononcer à deux reprises sur la consultation habituelle des sites provoquant au terrorisme ou en en faisant l'apologie. Par décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, il a censuré les dispositions de l'article 421-2-5-2 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 3 juin 2016, en considérant qu'elles portaient à l'exercice de la liberté de communication une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée. En outre, comme il l'a rappelé dans sa décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, censurant la deuxième version de l'article incriminé, l'intention terroriste de l'auteur de l'infraction doit être établie par une adhésion à l'idéologie véhiculée par les sites en question.

Dans son arrêt du 7 janvier, la Cour de cassation a bien relevé un comportement indiquant une adhésion aux propos apologétiques. Le Conseil constitutionnel a fixé au 23 avril la date limite des demandes en intervention. La décision devrait être rendue avant le 25 juillet 2020.

## JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

### Le droit à l'oubli sur le web

*Conseil d'État, section du contentieux, 10ème et 9ème  
chambres réunies, 27 mars 2020, GOOGLE Inc./CNIL*

**Le « droit à l'oubli » est un droit relatif qui ne s'applique qu'aux extensions européennes des noms de domaine. Les moteurs de recherche n'ont pas l'obligation de déréférencer sur la totalité des noms de domaine.**

Le droit au déréférencement – ou « droit à l'oubli » – est une des conséquences de l'arrêt CJUE du 13 mai 2014, Google Spain et Google (C131/12). S'il ne fait pas disparaître le document que le plaignant estime contraire à sa vie privée, il supprime les liens vers les pages web qu'offre le moteur de recherche. Conformément au règlement 2016/679 (art 17 du RGPD), ce droit au déréférencement est dénommé « droit à l'effacement » ou « droit à l'oubli ».

Le Conseil d'État a été saisi d'une requête de la société Google Inc. tendant à l'annulation de la délibération n° 2016-054 du 10 mars 2016 par laquelle la formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a prononcé à son encontre une sanction, rendue publique, de 100 000 euros. Par une décision du 19 juillet 2017, statuant au contentieux, il a sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée, notamment sur la question de savoir si le « droit au déréférencement », tel que consacré par la CJUE dans son arrêt

## Droit de l'espace numérique

précité, doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche est seulement tenu, lorsqu'il fait droit à une demande de déréférencement, de supprimer les liens litigieux des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom du demandeur sur le nom de domaine correspondant à l'État où la demande est réputée avoir été effectuée ou, plus généralement, sur les noms de domaine du moteur de recherche qui correspondent aux extensions nationales de ce moteur pour l'ensemble des États membres de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a répondu au Conseil d'Etat par son arrêt C-507/17 du 24 septembre 2019 ([voir veille juridique n° 81 d'octobre 2019, p. 17-23](#)). Elle a considéré que « lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche fait droit à une demande de déréférencement, il est tenu d'opérer ce déréférencement non pas sur l'ensemble des versions de son moteur, mais sur les versions de celui-ci correspondant à l'ensemble des États membres, et ce, si nécessaire, en combinaison avec des mesures qui, tout en satisfaisant aux exigences légales, permettent effectivement d'empêcher ou, à tout le moins, de sérieusement décourager les internautes effectuant une recherche sur la base du nom de la personne concernée à partir de l'un des États membres d'avoir, par la liste de résultats affichée à la suite de cette recherche, accès aux liens qui font l'objet de cette demande ». Il appartenait donc au Conseil d'État de reprendre l'examen du litige qui opposait Google et la CNIL. Le Conseil d'Etat a jugé « qu'il ne résulte, en l'état du droit applicable, d'aucune disposition législative qu'un tel déréférencement pourrait excéder le champ couvert par le droit de l'Union européenne pour s'appliquer hors du

## Droit de l'espace numérique

territoire des Etats membres de l'Union européenne ». Il a donc donné raison à Google.

La territorialité du déréférencement consacre l'absence d'extraterritorialité du droit européen. Elle n'interdit pas la procédure du géoblocage qui empêche l'accès à un contenu depuis le territoire de l'Union en fonction de l'adresse IP d'un ressortissant d'un État membre.

Cette relativité *rationae loci* se double d'une relativité *rationae personae*. Par 13 décisions du 6 décembre 2019, le Conseil d'État a appliqué les principes, définis par l'autre arrêt CJUE (Grande chambre), du 24 septembre 2019<sup>1</sup>, qui fixent le cadre dans lequel un exploitant de moteur de recherche doit, sous le contrôle de la CNIL, appliquer le droit au déréférencement.

Un litige opposait quatre personnes à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). En cause, quatre décisions de cette dernière refusant de mettre en demeure Google LLC de procéder à des déréférencements de divers liens inclus dans la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de leur nom, et menant vers des pages web publiées par des tiers. Google, saisi en premier, avait refusé le déréférencement, conforté dans sa décision par la position prise par la CNIL. Les motifs des quatre plaignants étaient différents : montage satirique avec allusions à une relation intime avec un maire, article du journal *Libération* évoquant des responsabilités au sein de « l'Église de scientologie », mention d'une mise en examen dans une procédure

---

1. C-136/17, GC, AF, BH, ED/ Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

## **Droit de l'espace numérique**

judiciaire s'étant achevée par un non-lieu, articles de *Nice-Matin* et du *Figaro* sur une condamnation pour agression sexuelle sur mineurs de quinze ans.

Les plaignants avaient saisi le Conseil d'État pour contester la décision négative de la CNIL. Dans tous les cas – ce qui explique leur jonction – la question des données dites « sensibles » était posée. Le Conseil d'État avait sursis à statuer et adressé une demande de décision préjudicielle à la CJUE portant sur l'interprétation de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (texte alors en vigueur et remplacé depuis par le RGPD).

La CJUE avait ainsi répondu : un moteur de recherche est responsable d'un traitement de données à caractère personnel. Il n'est pas responsable des données mises en ligne sur les pages web mais il doit, en raison de leur référencement, respecter les exigences de la directive 95/46 – aujourd'hui RGPD – notamment en ce qui concerne le droit à la vie privée. Il doit faire droit aux demandes relatives aux « données sensibles », sous réserve des exceptions prévues et en respectant un principe de proportionnalité entre les droits du demandeur et ceux de l'internaute. Les données relatives aux procédures judiciaires relèvent des catégories « infractions » et « condamnations pénales ». Si elles sont maintenues au titre de la liberté d'information des internautes, les résultats doivent être aménagés par le moteur de recherche de telle sorte que l'image globale qui résulte du référencement reflète la situation actuelle (par ex.

## **Droit de l'espace numérique**

l'acquittement doit apparaître avant les poursuites).

C'est dans ce contexte que le Conseil d'État a posé les principes à l'occasion de 13 décisions du 6 décembre 2019.

### **Les principes posés par le Conseil d'État**

Il convient tout d'abord de rappeler qu'un particulier doit saisir l'exploitant du moteur de recherche lorsqu'il désire obtenir le déréférencement de liens vers des pages web, publiées par des tiers, qui contiennent des données à caractère personnel le concernant, et qui figurent parmi les résultats affichés en réponse à une recherche portant sur son nom. En cas de refus, il peut saisir soit le juge judiciaire<sup>2</sup>, soit la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) pour qu'elle ordonne à cet exploitant de procéder au déréférencement des liens en cause. Si la CNIL rejette cette demande, le contentieux peut être porté directement devant le Conseil d'État, qui se prononce en tenant compte des circonstances et du droit applicable à la date à laquelle il statue.

Pour le Conseil d'État, s'appuyant sur la récente jurisprudence de la

---

**2.** Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé du 10 février 2017, M.X/Google France et Google Inc. Saisine de la justice sur la base de l'article 809 du Code de procédure civile à propos d'un article faisant état d'une condamnation pénale. L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, aux hébergeurs ou, à défaut, aux fournisseurs d'accès, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne (8 du I de l'art. 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique).

## **Droit de l'espace numérique**

CJUE, le déréférencement d'un lien associant au nom d'un particulier une page web contenant des données personnelles le concernant est un droit. Ce droit à l'oubli n'est pas cependant absolu. Une balance doit être effectuée entre le droit à la vie privée du demandeur et le droit à l'information du public. L'arbitrage entre ces deux libertés fondamentales dépend de la nature des données personnelles.

Trois catégories de données personnelles sont concernées : les données sensibles, les données pénales, les données touchant la vie privée sans être sensibles. La protection relative aux deux premières catégories est la plus élevée : il ne peut, dans ce cas, être légalement refusé de faire droit à une demande de déréférencement que si l'accès aux données sensibles ou pénales à partir d'une recherche portant sur le nom du demandeur est « strictement nécessaire à l'information du public ».

Pour se déterminer, la CNIL doit mettre en balance les trois paramètres principaux énoncés par le Conseil d'État :

- les caractéristiques des données personnelles en cause : leur nature, leur contenu, leur caractère plus ou moins objectif, leur exactitude, leur source, les conditions et la date de leur mise en ligne ainsi que les répercussions de leur référencement pour l'intéressé ;
- le rôle social du demandeur : sa notoriété, son rôle dans la vie publique et sa fonction dans la société – ce qui permet de mieux cerner l'intérêt du public à accéder à l'information en réponse à une recherche portant sur le nom de l'intéressé.

## **Droit de l'espace numérique**

- les conditions d'accès de l'information en cause : s'il est possible d'y accéder facilement à partir d'une recherche portant sur des mots-clés ne comportant pas le nom de l'intéressé, le droit à la liberté d'information apparaîtra moins affecté par un éventuel déréférencement. Par ailleurs, si l'intéressé a, de lui-même, rendu ces informations publiques, l'atteinte à la vie privée qu'il allègue apparaîtra en principe moins caractérisée.

Mais les conditions sont plus restrictives pour les données sensibles et les données pénales.

### **L'application aux données dites sensibles**

Ce sont les données les plus intrusives dans la vie d'une personne comme celles concernant sa santé, sa vie sexuelle, ses opinions politiques, ses convictions religieuses, etc. Ces données sensibles, définies par l'articles 9 du RGPD, sont reprises par l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Aux termes de cet article, « il est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ». Le référencement est une forme de traitement de données à caractère personnel et relève donc du RGPD.

Pour se déterminer, la CNIL doit s'appuyer sur les trois paramètres

## Droit de l'espace numérique

énoncés ci-dessus. Compte tenu de l'ingérence particulièrement grave dans la vie privée de la personne, le Conseil d'État resserre les conditions permettant à la CNIL de refuser de mettre en demeure l'exploitant de moteur de recherches de faire droit à une demande de déréférencement. Il exige, comme cela a été dit *supra*, que l'accès à l'information litigieuse à partir d'une recherche portant sur le nom du demandeur soit « strictement nécessaire à l'information du public ».

Il fait l'application de ce principe dans plusieurs arrêts du 6 décembre.

Ainsi les informations relatives à une relation extraconjugale entretenue avec un haut dirigeant d'un pays étranger, contenues sur des pages web et relatives à une personne qui y joue un rôle très important dans la vie économique et sociale, ne sont pas strictement nécessaires à l'information du public et doivent être déréférencées (arrêt du 6 décembre, n° 395335). Le déréférencement peut être demandé par l'auteur d'un roman autobiographique pour des liens menant vers des sites qui, en décrivant l'œuvre, révèlent son orientation sexuelle. L'information a certes été manifestement rendue publique par l'intéressé, mais celui-ci n'exerce plus d'activités littéraires. Pour le Conseil d'État, les répercussions de ce référencement sur l'intéressé excèdent l'intérêt prépondérant du public à accéder à cette information à partir de son nom, ce d'autant plus que cette dernière peut être facilement obtenue via d'autres mots-clés (arrêt du 6 décembre, n° 409212). Enfin, un particulier est fondé à demander le déréférencement de liens menant vers un article de presse faisant état de son ancienne appartenance à « l'Eglise de scientologie »,

## Droit de l'espace numérique

alors même que ces données doivent être regardées comme ayant été manifestement rendues publiques par l'intéressé compte tenu des responsabilités importantes qu'il a exercées au sein de cette organisation. L'ancienneté des faits, leur caractère non actualisé, et les répercussions de ce référencement sur la vie de l'intéressé justifient que le droit au respect de la vie privée prévale sur l'intérêt prépondérant du public, qui peut du reste accéder par d'autres moyens à ces informations (arrêt du 6 décembre, n° 393769).

### L'application du droit au déréférencement par le juge judiciaire

Le juge judiciaire, par un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 27 novembre 2019<sup>3</sup>, a eu également l'occasion de se prononcer sur les déréférencements après l'arrêt CJUE (C-507/17) du 24 septembre 2019.

En l'espèce, un expert-comptable, commissaire aux comptes, avait demandé en référé d'obliger la société Google LLC, exploitante du moteur de recherche Google, de supprimer des liens le concernant. Par un jugement du tribunal correctionnel de Metz, du 17 novembre 2011, le plaignant avait été condamné à quatre mois d'emprisonnement avec sursis et 20 000 euros d'amende pour escroquerie et tentative d'escroquerie avec, en outre, une obligation de payer une certaine somme à l'administration fiscale. *Le Républicain lorrain* en avait rendu compte sur son site Internet, les 18 novembre 2011 et 15 novembre 2013. Ces articles, archivés

<sup>3</sup>. Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 27 novembre 2019, Pourvoi n° 18-14675.

## **Droit de l'espace numérique**

sur le site du journal, étaient toujours accessibles à partir de ses nom et prénom sur le moteur de recherche Google. Google a refusé de déréférencer.

Pour motiver son pourvoi devant la Cour de cassation, le plaignant considère que son droit à l'oubli prévaut sur l'intérêt du public à accéder à l'information. Il conteste l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui, pour exclure l'existence du trouble manifestement illicite dont il se plaint, évoque la référence à une infraction pénale qui, bien que commise dans le cadre de sa sphère privée, demeure pertinente au regard de sa profession.

La Cour de cassation applique l'arrêt de la CJUE du 24 septembre 2019 (voir *supra*) qui a dit pour droit que, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche est saisi d'une demande de déréférencement portant sur un lien vers une page web sur laquelle des données à caractère personnel relevant des catégories particulières (cas des infractions pénales) sont publiées, celui-ci doit vérifier, au titre des motifs d'intérêt public, si l'inclusion de ce lien dans la liste de résultats s'avère strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés, consacrée à l'article 11 de cette charte. Il doit prendre sa décision sur la base de tous les éléments pertinents du cas d'espèce en tenant compte de la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux de la personne concernée au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, consacrés aux articles 7 et 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La Cour de cassation considère qu'une juridiction, saisie d'une demande de déréférencement portant sur des données à caractère

**Droit de l'espace numérique**

personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté, doit vérifier, de façon concrète, si l'inclusion du lien litigieux dans la liste des résultats répond à un motif d'intérêt public important, tel que le droit à l'information du public, et si elle est strictement nécessaire pour assurer la préservation de cet intérêt. La cour d'appel de Paris n'ayant pas procédé à cette vérification, la Cour de cassation casse son arrêt du 6 décembre 2017.

## Droit de l'espace numérique

*Lieutenant Océane GERRIET*

### **Le tribunal administratif de Marseille a tranché : il n'y aura pas de reconnaissance faciale dans les lycées<sup>1</sup>**

Dans un jugement en date du 28 février 2020, le TA de Marseille confirme la position de la CNIL et annule la délibération du conseil régional de PACA en date du 14 décembre 2018 par laquelle il avait autorisé la mise en place d'une expérimentation de la reconnaissance faciale dans deux lycées, l'un à Nice et l'autre à Marseille, car elle ne respecte pas les exigences du Règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>2</sup>.

### **Une technologie engendrant des questionnements...**

Jadis, l'utilisation de la technologie biométrique à des fins d'authentification appartenait à l'imaginaire de la science-fiction (bien que certains éléments préfèrent les « multi-pass »). Parmi les données biométriques les plus connues figurent les empreintes rétiniennes et digitales, ainsi que la reconnaissance faciale. Bien entendu, ces données biométriques sont utilisées depuis longtemps pour l'identification judiciaire et criminelle mais c'est leur utilisation à des fins de reconnaissance spatiale et

---

1. Tribunal administratif de Marseille, 9ème ch., jugement du 27 février 2020, *legalis.net*, 27 février 2020. Disponible sur : <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-administratif-de-marseille-9eme-ch-jugement-du-27-fevrier-2020/>

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

## Droit de l'espace numérique

d'authentification qui questionne au regard notamment de leurs finalités<sup>3</sup>. L'ensemble de nos smartphones proposent d'ores et déjà de s'authentifier à l'aide d'une empreinte digitale, d'un scan de la rétine ou de la reconnaissance faciale et pourtant, qui s'interroge sur la finalité et les méthodes de stockage de ces données ? Mais « un grand pouvoir implique de grandes responsabilités », de surcroît lorsque c'est l'État ou les collectivités territoriales qui en sont le détenteur. Ainsi, lorsque la région PACA décide d'expérimenter la reconnaissance faciale dans des lycées, de nombreuses associations s'insurgent et c'est ainsi que le tribunal administratif (TA) de Marseille clôt cette (première) bataille juridique.

Et pourtant ! Lors de son annonce en 2018, la région PACA s'imposait comme précurseur dans le domaine. L'objectif était simple : garantir et renforcer la sécurité au sein des lycées, tout en fluidifiant la phase de contrôle. Cette initiative s'inscrivait alors dans le prolongement du virage technologique voulu par la région et dont la ville de Nice était le symbole. Cette dernière compte un parc important de caméras de vidéosurveillance et a déjà expérimenté l'utilisation de la reconnaissance faciale pour son carnaval. À cette occasion, la CNIL avait demandé à faire preuve de vigilance en raison d'un cadre juridique national peu étoffé et de la sensibilité inhérente aux données biométriques. Pour mémoire, **l'article 9 du RGPD** consacre l'interdiction de principe du traitement des « données biométriques aux fins d'identifier une

3. LEPLÂTRE, Simon, En Chine, des citoyens sous surveillance, *lemonde.fr*, 18 juin 2018 [Consulté le 31 mars 2020]. Disponible sur : [https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/06/15/en-chine-des-citoyens-sous-surveillance\\_5315522\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/06/15/en-chine-des-citoyens-sous-surveillance_5315522_3234.html)

**Droit de l'espace numérique**

personne physique (...) ». En outre, la CNIL avait également rappelé que si l'objet d'un tel traitement consiste à prévenir et/ou détecter des infractions pénales, des enquêtes, des poursuites ou l'exécution de sanctions pénales, ce n'est plus le RGPD qui s'applique mais la directive dite Police/Justice, laquelle impose, notamment, l'édition d'une norme législative ou réglementaire pour régir un tel dispositif. En tout état de cause, s'agissant du cas d'espèce, l'objectif est de contrôler les accès aux établissements scolaires, ainsi c'est bien le RGPD qui s'applique. Par une délibération en date du 14 décembre 2018, la région PACA a approuvé une convention tripartite entre la région, les lycées et une société privée (américaine de surcroît) dont l'objet a trait « à la mise en place d'un dispositif de contrôle d'accès par comparaison faciale et de suivi de trajectoire ». Par ladite délibération, elle autorise son président à signer cette convention mais également à lancer l'expérimentation. Par une requête introduite le 14 février 2019, de nombreuses associations demandent l'annulation de cette décision en excipant son illégalité externe et interne. Elles évoquent notamment l'incompétence de la région puisque seuls les chefs d'établissement sont responsables de la sécurité à l'entrée des lycées, ainsi que l'incompatibilité de la mesure avec les dispositions des articles 5 et 9 du RGPD, dès lors que « les finalités avancées pour justifier le traitement en cause ne sont ni explicites, ni légitimes, (...) ni adéquates, ni pertinentes et qu'elles sont, en tout état de cause, manifestement excessives au regard des finalités (...) ».

## Droit de l'espace numérique

### ... et une première réponse juridique !

D'emblée, le TA accueille le moyen d'incompétence au motif que, conformément à l'article L. 214-6 du Code de l'éducation, les « missions d'encadrement et de surveillance » ne relèvent pas de la compétence de la région, même en présence d'un accord des chefs d'établissement (§7).

Ensuite, le TA précise qu'il existe des exceptions à l'interdiction du traitement des données biométriques. Celles-ci sont précisément définies à **l'article 9 du RGPD** et elles sont, il faut l'admettre, restrictives. La première des exceptions concerne le cas où la personne concernée par le traitement a donné son « **consentement explicite** » pour « une ou plusieurs finalités spécifiques » et que le droit de l'Union ou le droit d'un État membre n'y fait pas obstacle (**article 9.2.a du RGPD**). Pour mémoire, le RGPD définit le consentement<sup>4</sup> comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairé et univoque » (**article 4.11 du RGPD**). Dans ses lignes directrices sur le consentement, le comité européen de la protection des données estime qu'en cas de lien de subordination, ou « de déséquilibres de rapports de forces », le consentement ne peut pas être « libre », dès que « tout élément de contrainte, de pression ou d'incapacité d'exercer un véritable choix » est présent. Le **considérant 43 du RGPD** souligne également qu'il y a un déséquilibre manifeste lorsque le « responsable du traitement est une autorité publique ». Il faut donc éviter d'utiliser cette base juridique pour un tel traitement ou

---

4. CNIL, Lignes directrices du CEPD, *cnil.fr* [Consulté le 24 mars 2020]. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen/lignes-directrices>

## Droit de l'espace numérique

prévoir, *a minima*, des garanties suffisantes. En l'espèce, la juridiction ne pouvait donc que constater que « **la seule signature d'un formulaire, alors que le public visé se trouve dans une relation d'autorité** » n'apporte pas les garanties suffisantes à l'obtention d'un consentement « libre et éclairé », de sorte que le moyen soulevé sur ce point doit être accueilli.

En outre, **l'article 9.g) du RGPD** prévoit également l'autorisation de traiter des données biométriques si cela est nécessaire « pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi ». Or, le TA souligne que la région PACA ne démontre pas que le traitement de telles données sensibles se fonde sur un motif d'intérêt public légalement défini. Les magistrats administratifs soulignent également que la région ne justifie pas, par ailleurs, que ce traitement puisse entrer dans l'une des exceptions énumérées par **l'article 9 du RGPD**.

Par ailleurs, il n'est pas démontré que le traitement de ces données biométriques soit l'ultime recours et que les finalités poursuivies ne peuvent pas être « atteintes de manière suffisamment efficace » par d'autres moyens tels que « des contrôles par badges ». Sur ce point, il convient de lire ce considérant à la lumière de **l'article 5 du RGPD** qui rappelle que « les données traitées doivent être (...) **c) adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées** ». Le RGPD pose le principe de « minimisation des données » qui impose de traiter les données strictement nécessaires à la finalité poursuivie. Ce qui n'est pas le cas de l'espèce, d'autres moyens pouvant être mis en œuvre pour veiller à la sécurité des accès de

## Droit de l'espace numérique

l'établissement.

Par conséquent, le TA conclut, sans qu'il y ait besoin d'examiner les autres moyens, que les requérants sont fondés à demander l'annulation de la délibération, en tant qu'elle a lancé l'expérimentation du dispositif de reconnaissance faciale. En ce sens, les magistrats confirment l'avis de la CNIL rendu en octobre 2019<sup>5</sup>. Cet avis avait été sollicité par la région et il était déjà sans appel. Elle concluait à l'absence de légalité d'un tel dispositif qui est « **contraire aux principes de proportionnalité et de minimisation des données posés par le RGPD** ». D'une part, elle rappelait que les données biométriques sont d'une sensibilité particulière, de surcroît lorsqu'il s'agit d'un public vulnérable tel que des mineurs. D'autre part, elle estimait que d'autres mesures, moins intrusives, permettent d'atteindre les objectifs de la région.

Ce jugement rendu par le TA de Marseille arrive peu de temps après que la CNIL a appelé de ses vœux<sup>6</sup> un débat sur l'ensemble des éléments juridiques, techniques et éthiques en matière de reconnaissance faciale. Certains députés ont même demandé d'ériger un moratoire<sup>7</sup>. En tout état de cause, les entreprises

5. CNIL, Expérimentation de la reconnaissance faciale dans deux lycées : la CNIL précise sa position, *cnil.fr*, 29 octobre 2019 [Consulté le 24 mars 2020]. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position>

6. CNIL, Reconnaissance faciale : pour un débat à la hauteur des enjeux, *cnil.fr*, 15 novembre 2019 [Consulté le 24 mars 2020]. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/reconnaissance-faciale-pour-un-debat-la-hauteur-des-enjeux>

7. TRIBUNE, COLLECTIF, Reconnaissance faciale : l'urgence d'un moratoire, *liberation.fr*, 17 décembre 2019 [Consulté le 24 mars 2020]. Disponible sur : [https://www.liberation.fr/debats/2019/12/17/reconnaissance-faciale-l-urgence-d-un-moratoire\\_1769794](https://www.liberation.fr/debats/2019/12/17/reconnaissance-faciale-l-urgence-d-un-moratoire_1769794)

**Droit de l'espace numérique**

privées, et les GAFAM en tête, disposent déjà de technologies performantes qu'ils expérimentent dans leur offre de service, de sorte qu'il est important que la France se positionne sur ce sujet pour offrir un cadre juridique sécurisé et sécurisant pour tous.

Actualité pénale

*Claudia GHICA-LEMARCHAND*

**ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE – LOI n° 2020-290 du  
23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de  
Covid-19**

La loi du 23 mars 2020 mettant en place l'état d'urgence sanitaire a modifié le Code de la santé publique et a introduit un certain nombre de restrictions de déplacements et prévu des sanctions en cas de violation. L'article L 3136-1 a été considérablement enrichi. L'article L 3131-1 CSP autorise le ministre de la santé à prescrire, en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, dans l'intérêt de la santé publique, toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population. L'article L 3136-1 punit la violation de ces mesures de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Elles peuvent faire l'objet de la procédure d'amende forfaitaire selon le décret n° 2020-357 du 28 mars 2020 relatif à la forfaitisation de la contravention de la 5<sup>e</sup> classe réprimant la violation des mesures édictées en cas de menace sanitaire grave et de déclaration de l'état d'urgence sanitaire. L'amende applicable est de 135 euros.

La loi du 23 mars 2020 met en place un système intéressant de sanction en cas de réitération de contraventions, étant rappelé que les contraventions obéissent à un régime de récidive spécial défini à l'article 132-11 du Code pénal. Lorsque la personne commet une nouvelle violation dans un délai de quinze jours, l'amende qui lui

## **Actualité pénale**

est appliquée est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Les montants de l'amende forfaitaire et de l'amende forfaitaire majorée s'élèvent respectivement à 200 et 450 euros, selon le décret n° 2020-357 du 28 mars 2020 relatif à la forfaitisation de la contravention de la 5<sup>e</sup> classe réprimant la violation des mesures édictées en cas de menace sanitaire grave et de déclaration de l'état d'urgence sanitaire.

Si ces mêmes violations sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule. Il est permis de constater que la commission de trois violations transforme la nature de l'infraction qui passe d'une qualification contraventionnelle à une qualification délictuelle. En effet, si la contravention sanctionne la simple violation d'une prescription sociale, le délit punit la violation délibérée d'une norme considérée par la société comme étant essentielle. Si la constatation des infractions est de la compétence naturelle de la police nationale et de la gendarmerie, la loi autorise aussi les agents de police municipale, les gardes champêtres, les agents de police de la Ville de Paris chargés d'un service de police, et des contrôleurs chargés d'un pouvoir de police et agréés, d'exercer ces compétences. Leurs pouvoirs sont réduits en la matière, puisqu'ils peuvent dresser des procès-verbaux en matière contraventionnelle, en revanche, ils dressent seulement des rapports en matière délictuelle.

La loi d'urgence sanitaire est entrée en vigueur immédiatement et

## Actualité pénale

s'applique depuis le 24 mars 2020. Elle ne peut s'appliquer à des faits commis antérieurement. Étant une loi de fond plus sévère, elle est soumise au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. À ce titre, les infractions commises avant son entrée en vigueur ne peuvent être prises en compte dans le cadre des mécanismes d'aggravation en cas de réitération d'infraction. Les mesures de la loi ont été prorogées jusqu'au 11 mai 2020, date prévue du déconfinement.

Dans le cadre de son audition au Sénat, le 15 avril 2020, le ministre de l'Intérieur, Monsieur Christophe Castaner, a indiqué que 12,6 millions de contrôles ont été effectués et 762 706 verbalisations ont été dressées.

## BLANCHIMENT

### **Ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme**

Le blanchiment a trouvé une grande vigueur dans l'application judiciaire en 2019. Il est possible de remarquer que le travail d'ajustement législatif se poursuit, toujours largement guidé par l'impulsion internationale, notamment européenne, en la matière. L'article 203 de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (PACTE) habilitait le Gouvernement à adopter des mesures visant à renforcer la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. L'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 est l'occasion de transposer la cinquième directive européenne anti-blanchiment.

## **Actualité pénale**

Elle s'accompagne de deux décrets (n° 2020-118 et n° 2020-119) renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT). Le Rapport au Président de la République qui accompagne l'adoption de cette ordonnance rappelle le contexte de cette modification. Elle vise à transposer la cinquième directive anti-blanchiment 2018/843 modifiant la directive 2015/849 adoptée grâce à une initiative portée par la France, à la suite des attentats du 13 novembre 2015 et pour encourager la reprise des travaux européens en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Entrée en vigueur le 10 juillet 2018 et fixant un délai de transposition de dix-huit mois, le délai était échu le 10 janvier 2020. Si l'ordonnance et les deux décrets dessinent un ensemble technique et complexe, certaines mesures retiennent une attention particulière.

L'article 2 met en conformité le champ des personnes assujetties aux obligations LCB-FT avec les exigences européennes. Le Code monétaire et financier fait obligation à certaines professions de procéder à une déclaration de soupçons auprès de TRACFIN, lorsque certaines opérations leur semblent anormales ou suspectes. Si, à l'origine, l'obligation s'appliquait essentiellement aux banques et professions financières, elle s'est depuis considérablement étendue à des professions diverses, qu'il s'agisse des professions juridiques, du chiffre, de conseil, d'intermédiaire, etc. L'ordonnance de 2020, de manière générale, opère une extension, mais il peut être noté que certaines personnes sont mises hors du champ d'application de cette obligation.

## **Actualité pénale**

L'extension concerne plusieurs professions. Des succursales et entités effectuant des opérations financières y sont soumises, de manière générale, et pas uniquement lorsqu'elles effectuent des opérations pour leur clientèle en France. D'ailleurs, l'article 3 de l'ordonnance renforce les obligations de vigilance en cas d'opérations avec des personnes ou des établissements « dans un pays non membre de l'Union européenne ou (...) pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen » et prévoit la possibilité de restreindre ou d'interdire des opérations avec des personnes « entretenant des liens avec l'un des pays tiers à haut risque recensés par la Commission européenne ».

Plusieurs modifications concernent les professions juridiques. Les caisses de règlement pécuniaire des avocats (CARPA) s'y trouvent soumises « au titre des fonds, effets ou valeurs déposés par les avocats pour le compte de leurs clients dans le cadre des activités mentionnées au I de l'article L. 561-3 », ce qui les limite aux activités en matière de transaction financière, immobilière, commerciale, agissant dans le cadre d'une fiducie ou lorsqu'elles fournissent des conseils en matière fiscale. Les greffiers des tribunaux de commerce s'y trouvent aussi soumis, ainsi que toutes les personnes engagées dans une relation d'affaires « nouée à l'occasion du dépôt par les avocats, pour le compte de leurs clients, des fonds, effets ou valeurs ».

Les deux modifications les plus importantes concernent, d'une part, les personnes qui fournissent, directement ou par personne interposée, des conseils en matière fiscale et, d'autre part, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation dans l'exercice des mêmes activités que celles soumises à l'obligation déclarative dans le cadre des CARPA.

## **Actualité pénale**

Il convient de rappeler que le régime de déclaration à TRACFIN imposé aux avocats est dérogatoire dans le fond et la forme. Dans le fond, ils sont exemptés des obligations de vigilance et déclaratives dans le cadre des activités de représentation et d'assistance, donc aussi bien dans le cadre de leur activité de conseil que de représentation en justice. Cette exclusion est rappelée à l'article 3 de l'ordonnance qui modifie l'article L 561-8 et ajoute un alinéa supplémentaire qui dispose que les personnes mentionnées aux 12° et 13° de l'article L 562-1 (les experts-comptables, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avocats, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs judiciaires) ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration de soupçons, « lorsque leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure, et lorsqu'elles donnent des consultations juridiques ». En revanche, ils y sont soumis lorsque les consultations sont fournies ou demandées à des fins de blanchiment ou financement de terrorisme.

Dans la forme, les avocats n'adressent pas la déclaration directement à TRACFIN, ce qui risque de constituer une atteinte aux droits de la défense et à la nature particulière des relations entre l'avocat et son client, mais passent par l'intermédiaire du bâtonnier. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *Michaud c/ France*, 6 décembre 2012, a validé le dispositif français de déclaration de soupçons LCB-FT imposé aux avocats.

Par opposition, l'ordonnance limite les obligations de certaines personnes puisque certaines professions sont soumises à

## **Actualité pénale**

l'obligation déclarative seulement lorsque les opérations dépassent le seuil de 10 000 euros – les activités de location ou de transaction immobilière, les négociants ou intermédiaires de vente d'œuvres d'art et antiquités. Il est intéressant de noter que le législateur vise une opération unique ou une série d'opérations ou transactions liées, ce qui permet de vérifier le bien-fondé des opérations économiques sans s'arrêter à leur fractionnement pour éviter la déclaration.

L'ordonnance a ajouté un article L 561-7-1 au Code monétaire et financier permettant aux avocats ainsi qu'aux CARPA de se communiquer mutuellement les informations recueillies pour la mise en œuvre de l'obligation de vigilance – identifier et vérifier l'identification, ou tout autre élément leur semblant pertinent, relatif à leurs clients avant d'entrer en relation d'affaires avec eux ou de les assister dans la préparation ou la réalisation d'une transaction – mais la vigilance doit être constante et porter sur la cohérence des opérations dans le cadre d'une relation d'affaires existante. De cette manière, le droit financier met en œuvre une sorte de secret partagé entre professionnels soumis aux obligations de confidentialité, ce qui permet d'esquisser un parallèle avec le secret médical. Par voie de conséquence, l'article 4 précise le régime de ce partage d'informations lorsque des soupçons apparaissent ou lorsqu'il y a des divergences d'information sur le bénéficiaire effectif de l'opération. L'ordonnance renforce à la fois la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes signalées, mais aussi et surtout les personnes ayant effectué le signalement. Ainsi, les préposés ou les dirigeants des personnes morales ayant

## **Actualité pénale**

effectué un signalement de soupçon ne peuvent faire l'objet d'aucune sanction professionnelle, ce qui était déjà prévu, ni d'aucune « mesure préjudiciable ou discriminatoire en matière d'emploi », selon la nouvelle rédaction retenue par l'ordonnance. L'article 5 de l'ordonnance précise les pouvoirs de TRACFIN. Ce service peut s'opposer à l'exécution d'une opération ayant fait l'objet d'un signalement et le notifier à la personne qui en est chargée. L'opération est reportée de dix jours, délai pouvant être prorogé par le Président du tribunal judiciaire de Paris. En cas contraire, l'opération est exécutée. La personne chargée de l'opération ne peut porter à la connaissance de quiconque, ni de la personne concernée, ni de tiers, des informations provenant de TRACFIN. L'ordonnance précise cette interdiction faite aux dirigeants et préposés d'organismes financiers, « au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit, de porter à la connaissance de l'auteur de l'opération ou à des tiers, autres que les autorités de contrôle, ordres professionnels et instances représentatives nationales, l'existence de l'opposition ». L'ordonnance fluidifie la circulation de l'information, que ce soit à l'extérieur, donc entre TRACFIN et les cellules de renseignement financier homologues étrangères, ou à l'intérieur, aux autres autorités nationales compétentes, qu'il s'agisse des signalements collectés des personnes soumises à l'obligation de déclaration ou des informations transmises par les homologues étrangers. L'article 8 modifie une section du Code monétaire et financier qui sera dorénavant consacrée aux bénéficiaires effectifs (les articles L 561-45-1 s.). Les dispositifs européens et internationaux ont mis l'accent sur la nécessité d'identifier les bénéficiaires effectifs, à

## Actualité pénale

savoir les personnes physiques qui contrôlent *in fine* les personnes morales et autres entités. Dans le cadre des obligations de vigilance, les sociétés et autres entités doivent déclarer au registre du commerce et des sociétés les informations sur les éléments d'identification et de domiciliation personnelle des bénéficiaires effectifs et des précisions sur le contrôle qu'elles effectuent sur la société. L'absence de transmission des éléments fait encourir une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Ces mêmes peines s'appliquent en cas de transmission d'informations incomplètes ou fausses. Par ailleurs, le bénéficiaire ayant communiqué des informations fausses ou incomplètes encourt aussi les mêmes peines.

Certains responsables européens réclament un règlement européen en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme afin de confier cette mission à une autorité centrale européenne et unifier les règles de fond et de forme en la matière.

### **Décret n° 2020-118 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme**

Ce décret met fin à l'obligation de vérification du domicile préalable à l'ouverture d'un compte et simplifie les modalités de vérification d'identité du client pour les entrées en relation d'affaires à distance. Il adapte certaines dispositions applicables en matière de contrôle et procédure internes. Le décret précise les obligations relatives à la vérification de l'identité du bénéficiaire

## **Actualité pénale**

effectif en invitant les entités assujetties à systématiquement consulter les registres dédiés. Les obligations en cas de risque faible ou de risque élevé de blanchiment de capitaux ou de financement de terrorisme, en particulier lorsque l'opération implique un pays tiers à haut risque, sont complétées, tout comme les conditions dans lesquelles les mesures de vigilance doivent être renouvelées. Le texte détermine enfin les modalités de déclaration et de consultation du registre des bénéficiaires effectifs. Ont accès à l'intégralité des informations :

- les officiers de police judiciaire de la police et de la gendarmerie nationales individuellement désignés et spécialement habilités ;
- les agents des douanes et des services fiscaux habilités à effectuer des enquêtes judiciaires.

### **Décret n° 2020-119 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme**

Ce décret précise les compétences de TRACFIN. Service à compétence nationale, TRACFIN est la cellule de traitement du renseignement financier en France et se place en première ligne dans la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. À ce titre, il reçoit et traite les déclarations de soupçons et le renseignement relatif aux infractions ; il anime et coordonne, en tant que de besoin, aux niveaux national et international, les moyens d'investigation dont disposent les administrations ou services relevant du ministre chargé de

**Actualité pénale**

l'économie et du ministre chargé du budget, ainsi que les organismes qui y sont rattachés ; il participe à l'étude des mesures à mettre en œuvre pour faire échec aux circuits financiers clandestins ; il développe l'action internationale de lutte contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Le décret renforce la mission de coordination du Conseil d'orientation de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Selon l'article D 561-51 du Code monétaire et financier, ce Conseil assure une meilleure coordination des services de l'État et des autorités de contrôle concernés par la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, afin de renforcer l'efficacité de celle-ci. À ce titre, il renforce les échanges d'informations entre les acteurs du volet préventif et du volet répressif ; il favorise la concertation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, afin d'améliorer leur participation à celle-ci ; il propose des améliorations au dispositif national, préventif et répressif, de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme visant à alimenter un plan d'actions interministériel, d'en suivre la mise en œuvre et d'en apprécier l'efficacité ; il établit et met à jour régulièrement une analyse nationale des risques visant à identifier, comprendre, évaluer les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme auxquels la France est exposée et de proposer des mesures d'atténuation de ces risques ; il consolide, en vue de leur publication au sein d'un rapport annuel, des statistiques.

**Actualité pénale**

**Crim. 18 mars 2020, n° 18-85542, site Cour de cassation, arrêt n° 292, publ. Bull à venir**

Les services fiscaux de la Polynésie française ont transmis au procureur de la République plusieurs dénonciations de faits susceptibles de constituer des fraudes au dispositif de défiscalisation dit « loi Girardin », qui permet à des particuliers de bénéficier de crédits d'impôts en investissant dans l'acquisition de matériel industriel neuf au profit d'entreprises polynésiennes. Des factures présumées fictives avaient été produites dans le cadre de dossiers de défiscalisation afin de faire entrer dans le dispositif du matériel non éligible ou qui n'avait en réalité jamais été acheté, dossiers passant par l'intermédiaire de la même société. Une personne physique identifiée a joué le rôle d'apporteur d'affaire et a participé au montage des dossiers litigieux. Les honoraires étaient versés sur le compte de sa fille ayant, pour sa part, participé seulement à un dossier. Le gérant de la société a été déclaré coupable d'escroquerie en bande organisée et de blanchiment. Il forme un pourvoi en cassation pour contester la qualification de blanchiment fondée sur « le seul fait qu'il avait transféré les fonds provenant des escroqueries présumées sur un compte personnel ». La Chambre criminelle rejette le moyen. En reprenant la définition de blanchiment de l'article 324-1, alinéa 2, les juges rappellent que l'opération de placement seule suffit et qu'il n'est pas nécessaire qu'elle se double d'une quelconque dissimulation de l'origine illicite des biens. À ce titre, la Cour de cassation considère que « l'opération de dépôt ou de virement du produit d'un crime ou d'un délit sur un compte, y compris s'il s'agit de celui de l'auteur de l'infraction d'origine, qui conduit à faire entrer des fonds illicites

**Actualité pénale**

dans le circuit bancaire, constitue une opération de placement caractérisant le délit de blanchiment ».

**Crim. 18 mars 2020, n° 18-86491, site de la Cour de cassation, n° 294, publ. Bull. à venir**

Lors d'un contrôle routier, les douaniers ont découvert une personne en possession de 76 000 euros en espèces, dissimulés dans plusieurs endroits dans le véhicule contrôlé, alors que le conducteur avait déclaré qu'il ne transportait pas plus de 10 000 euros. Deux personnes se sont prétendues propriétaires des fonds, alors qu'ils étaient issus d'une fraude fiscale. Les juges du fond les ont déclarées coupables de blanchiment sur le fondement de l'article 324-1, alinéa 2, pour avoir apporté leur concours à une opération de dissimulation du produit d'une infraction.

Les deux personnes pénalement responsables ont proposé un moyen contestant la caractérisation du blanchiment. D'une part, les juges du fond n'auraient pas caractérisé l'infraction d'origine, puisque les éléments constitutifs de la fraude fiscale ne sont pas établis. D'autre part, la violation des obligations déclaratives en matière de transfert international de fonds en toute connaissance de cause ne suffirait pas à caractériser le blanchiment de fraude fiscale. De surcroît, les personnes contestent aussi, à la fois, l'élément matériel, selon lequel il faudrait prouver les agissements de concours à des actes de placement, dissimulation ou conversion, et l'origine frauduleuse des biens qui ne peut pas reposer sur un simple soupçon de fraude fiscale commise à l'étranger. Enfin, l'élément moral ne serait pas établi puisque l'intention du blanchiment ne peut se réduire à la simple volonté de ne pas

**Actualité pénale**

déclarer en douane une somme d'argent.

La Chambre criminelle écarte le moyen en se fondant, à la fois, sur les textes de droit interne, l'article 324-1 du Code pénal, et des textes de droit international, plus précisément, la convention de Strasbourg du 8 novembre 1990, relative au blanchiment, au dépiage et à la saisie et à la confiscation des produits du crime et la directive 2018/1673/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal. Ces sources retiennent une définition particulièrement large de l'opération de blanchiment entendue comme « le fait de dissimuler ou de déguiser le mouvement de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ». S'en inspirant, la Cour de cassation déduit que « le transfert de fonds, sans qu'ait été respectée l'obligation déclarative résultant des articles 464 du code des douanes et L. 152-1 du code monétaire et financier, doit être considéré comme une opération de dissimulation au sens de l'article 324-1 du code pénal ». En résulte une automaticité de caractérisation du blanchiment fondée sur le caractère occulte de l'opération. Cette interprétation est conforme autant à la lettre du texte qu'à son esprit et semble compatible avec l'article 324-1 du Code pénal. D'ailleurs, il peut être remarqué que l'ordonnance du 12 février 2012 de transposition de la cinquième directive européenne n'a absolument pas modifié la définition française du blanchiment, parfaitement compatible avec les normes européennes. La Chambre criminelle rejette le moyen, car le transfert sans déclaration d'une somme d'argent caractérise l'opération de dissimulation dans le cadre du blanchiment.

En revanche, le moyen portant sur l'origine frauduleuse des fonds

**Actualité pénale**

rencontre le succès. Les juges ne peuvent retenir la culpabilité d'une personne sans en avoir caractérisé tous les éléments constitutifs de l'infraction, préalable nécessaire à l'établissement de la responsabilité pénale. Or, l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal punit le blanchiment du produit direct ou indirect du crime ou délit. En effet, c'est la grande différence entre les deux alinéas de l'article 324-1 du Code pénal. Si l'alinéa 1 réprime le blanchiment du patrimoine appartenant à une personne ayant commis des crimes et délits, de sorte qu'aucune traçabilité des fonds ou biens n'est nécessaire, l'alinéa 2 punit le blanchiment du produit même de l'infraction. Cela implique l'obligation pour le juge d'établir la provenance frauduleuse du bien ou des capitaux blanchis, même s'il peut être aidé dans cette démarche par des présomptions légales (articles 324-1-1) ou judiciaires. Mais la présomption reste une facilité de preuve et nullement un allègement de l'obligation de qualification pénale. De telle sorte que la Chambre criminelle affirme « la caractérisation du délit de blanchiment, si elle n'implique pas que les auteurs de l'infraction principale soient connus, ni les circonstances de la commission de celle-ci entièrement déterminées, nécessite que soit établie l'origine frauduleuse des biens blanchis ». Il en résulte que, s'il n'est pas nécessaire que des poursuites ou une condamnation aient existé, il convient d'établir les éléments constitutifs de l'infraction d'origine ayant procuré les capitaux blanchis, ce qui appelle deux remarques. D'une part, l'automatisme de la qualification du blanchiment reposant sur la violation d'obligations déclaratives est rejetée par la Cour de cassation à juste titre. Cette solution réduirait la qualification pénale à l'établissement d'une partie de l'élément matériel et s'affranchirait des principes généraux du droit pénal.

## Actualité pénale

D'autre part, cette cassation prononcée pour violation des principes ne permet pas d'augurer d'une décision de relaxe *in fine* pour les personnes poursuivies. En effet, la Cour de cassation rappelle que l'origine frauduleuse puisée ici dans la fraude fiscale permet d'établir l'élément moral en exploitant des éléments comme « l'abstention réitérée de déclaration de l'importation de cette somme, de l'importance de la somme dissimulée, et de la volonté de se soustraire aux obligations déclaratives légales prévues par les articles 464 et 465 du code des douanes, et des articles L. 152-1 et L. 152-4 du code monétaire et financier ». La Chambre criminelle indique clairement aux juges de renvoi la voie à suivre pour caractériser correctement le délit de blanchiment afin d'entrer en voie de condamnation.

## EXHIBITION SEXUELLE – IRRESPONSABILITÉ PÉNALE EN CAS DE PROTESTATION POLITIQUE – INGÉRENCE DISPROPORTIONNÉE DANS LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

*Crim. 20 février 2020, n° 19-81827, publ. Bull. à venir*

Les protestations des militantes féministes se multiplient et les moyens se diversifient. Loin du mouvement des « suffragettes », l'exhibition de certaines parties du corps, l'utilisation des réseaux sociaux épousent les codes de communication modernes. L'arrêt rendu par la Cour de cassation vient apporter une réponse intéressante sur la qualification pénale du comportement, ainsi que sur la responsabilité pénale des personnes le commettant. Dans le musée Grévin, une femme dévêt le haut de son corps et

## Actualité pénale

montre sa poitrine nue avec l'inscription « *Kill Poutine* ». Elle fait tomber la statue de cire du Président Poutine et y plante à plusieurs reprises un pieu métallique pour partie peint en rouge en déclarant « *Fuck dictator, fuck Poutine !* ». Interpellée, elle revendique son appartenance au mouvement des Femem et explique qu'il s'agit d'une protestation politique. Poursuivie pour exhibition sexuelle et dégradation volontaire, elle est condamnée à une peine d'amende pour cette dernière infraction, alors qu'elle est exonérée de sa responsabilité pénale pour la première, après une procédure longue et complexe (la cour d'appel de Paris résiste après une première cassation prononcée par la Chambre criminelle). Le ministère public ainsi que la personne poursuivie forment des appels, ce qui conduit la Chambre criminelle à se prononcer une deuxième fois dans cette affaire.

Le second moyen, formulé par la personne poursuivie, est rapidement et brièvement déclaré irrecevable par la Cour de cassation. En revanche, le premier moyen retient l'attention, qu'il s'agisse de la qualification pénale ou de la responsabilité pénale.

Le pourvoi critique la relaxe fondée sur l'absence de caractérisation du délit d'exhibition sexuelle pour trois raisons.

D'une part, l'article 222-32 du Code pénal punit l'exhibition sexuelle lorsqu'elle est « imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public ». Les juges du fond ont interprété cette condition dans un sens restrictif en considérant qu'elle exige l'exhibition avec une connotation sexuelle visant à « offenser la pudeur d'autrui ». Le contexte de l'espèce ne remplissait pas cette condition dans la mesure où, comme l'ont souligné les juges « le regard de la société sur le corps des femmes a évolué dans le

## **Actualité pénale**

temps, et que l'exposition fréquente de la nudité féminine dans la presse ou la publicité, même dans un contexte à forte connotation sexuelle, ne donne lieu à aucune réaction au nom de la morale publique ».

D'autre part, « l'arrêt a ajouté au texte d'incrimination une condition qu'il ne prévoit pas, en exigeant que le délit, pour être constitué, contrevienne à un droit garanti par une prescription légale ou réglementaire ». Même si cet argument arrive en troisième position dans le pourvoi, il doit être étudié en deuxième lieu car il est aussi relatif à la caractérisation de l'infraction. En effet, la définition légale n'évoque même pas l'existence d'une quelconque prescription, la philosophie de l'exhibition sexuelle étant une continuation de l'attentat à la pudeur.

Enfin, les juges du fond ont accepté d'exonérer la personne de sa responsabilité pénale en vertu « d'un mobile politique ou prétendument artistique ». En effet, « la prévenue déclare appartenir au mouvement dénommé "Femen", qui revendique un "féminisme radical", dont les adeptes exposent leurs seins dénudés sur lesquels sont apposés des messages politiques, cette forme d'action militante s'analysant comme un refus de la sexualisation du corps de la femme, et une réappropriation de celui-ci par les militantes, au moyen de l'exposition de sa nudité ».

La Cour de cassation invalide la totalité de l'analyse juridique de la Cour d'appel, sans pour autant casser l'arrêt.

En premier lieu, elle apporte ainsi une précision importante sur la définition de l'infraction, car les juges du fond ont tort en affirmant que « la seule exhibition de la poitrine d'une femme n'entre pas dans les prévisions du délit prévu à l'article 222-32 du code pénal, si l'intention exprimée par son auteur est dénuée de toute

## **Actualité pénale**

connotation sexuelle ». Le principe d'interprétation stricte ne permet pas d'ajouter un dol spécial à l'exhibition sexuelle et l'intention est constituée par la simple conscience de montrer une partie de son corps indépendamment de la volonté sexuelle sous-jacente. De plus, sans même le dire précisément, la Cour de cassation écarte aussi l'ajout à la définition légale consistant en l'exigence de la violation de prescriptions pré-existantes. C'est une application du principe de légalité pénale. Encore une fois, on peut remarquer que ce sont les principes généraux du droit pénal qui conduisent à cette solution – la clé de voûte de la légalité pénale accompagnée de son corollaire naturel, l'interprétation stricte.

En second lieu, le motif politique ou artistique de l'exposition d'une partie sexuelle dénudée ne produit pas d'effet sur la qualification pénale, mais sur la responsabilité pénale. La Chambre criminelle refuse de censurer l'analyse des juges du fond, fût-elle juridiquement erronée, puisque « le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ». La Cour de cassation met en œuvre le contrôle de proportionnalité dont elle se prévaut ces dernières années, ce qui peut soulever principalement trois observations.

D'une part, la proportionnalité prévaut sur la légalité pénale et l'interprétation stricte, ce qui débouche sur un rapport renouvelé entre le législateur et le juge, plus particulièrement en droit pénal.

D'autre part, la Cour de cassation s'inspire directement de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés

## **Actualité pénale**

fondamentales. Si elle utilise l'article 10 en l'espèce, son raisonnement est général et il n'est pas exclu de pouvoir l'appliquer à d'autres libertés fondamentales.

Enfin, l'exhibition sexuelle est consciente et volontaire, mais elle ne s'accompagne pas d'une connotation sexuelle supplémentaire voulant susciter une réaction de répulsion, désir, etc. Indirectement, l'exposition des seins d'une femme constitue toujours une exhibition sexuelle du corps, ce qui peut aller à l'encontre de la tendance actuelle lissant les différences sexuelles pour les remplacer par le genre. Mais il est vrai que le texte n'exige pas l'exhibition d'un organe ou d'une partie sexuelle, donc l'interprétation de l'incrimination peut être large.

## **FÉMINICIDE – RAPPORT PARLEMENTAIRE**

*Rapport d'information, Assemblée Nationale, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, F. Lazaar, 18 février 2020*

Le rapport se penche sur le concept de féminicide et la pertinence de le consacrer dans la législation, plus particulièrement en droit pénal, alors que l'égalité entre les femmes et les hommes est la grande cause nationale du quinquennat et s'accompagne d'une prise de conscience mondiale.

Le féminicide est défini « comme le meurtre de femmes ou de filles en raison de leur sexe, parce qu'elles sont des femmes, parce qu'elles sont des filles » et s'inscrit « dans un continuum de

## Actualité pénale

violences faites aux femmes (économiques, physiques, administratives, psychologiques, sexuelles...) ». Le terme, issu de la contraction de « *female* » et « *homicide* » (en anglais), est relativement récent, apparu dans les années 1970, et a été théorisé par des courants nord-américains. Il est employé par les instances internationales, dans la continuité des violences de genre, et sa reconnaissance légale est l'objet d'actions multiples d'associations militant dans ce sens. Le rapport se penche, à la fois, sur la pénétration de ce terme dans le langage courant, mais aussi sur la reconnaissance du concept dans le langage juridique tendant à souligner « le caractère genré de ces crimes ».

Le rapport commence par rappeler des statistiques qui interpellent par l'ampleur des chiffres : 223 000 femmes sont victimes de violences physiques ou sexuelles de la part de leur conjoint, 94 000 femmes sont victimes de viols ou de tentatives de viols, 53 000 femmes excisées vivent dans notre pays, 20 % des femmes sont confrontées à une situation de harcèlement sexuel au cours de leur vie professionnelle, « un tiers des Franciliennes déclare avoir été sifflé, interpellé ou abordé sous prétexte de "drague" dans les espaces publics ». Les violences sont de six sortes, les violences psychologiques, physiques, sexuelles, verbales, matérielles ou administratives, peuvent se prolonger par des moyens technologiques et sur les réseaux sociaux et peuvent toucher toute femme et à tout âge. Si ces violences genrées sont « bien souvent invisibilisées voire tolérées dans notre société », le féminicide retient l'attention, car il constitue « le paroxysme » de la violence sexiste.

En France, le féminicide se traduit par des meurtres de conjoint ou

## **Actualité pénale**

d'ex-conjoint, donc à l'intérieur de la sphère intime et traduisent un sentiment de possession des femmes par les hommes. Ce crime, souvent présenté comme un « drame familial » a souvent été « invisibilisé », sans prise en compte de son caractère genré ou spécifique. Cela est dû au silence des victimes, souvent craintives, isolées, traumatisées, silence qui était systématique jusqu'à la prise de conscience du mouvement #MeToo et la médiatisation de certains féminicides, mais aussi « aux défaillances de la société », le rapport pointant « les préjugés et représentations sexistes qui existent dans toutes les sphères de notre société ». Des dysfonctionnements ont été identifiés depuis la prise de la plainte jusqu'au règlement judiciaire de l'affaire, qu'il s'agisse des personnels judiciaire ou de santé. Le féminicide constitue donc un concept identifié et autonome, mais qui soulève des difficultés dans son inscription en droit pénal français.

L'inscription du féminicide en droit pénal français soulève deux types de difficultés, tenant, à la fois, aux problèmes de définition générale et juridique du terme.

En premier lieu, la définition du « féminicide » risque d'être entachée d'incertitude et son champ d'application varie selon les personnes l'employant. La définition est à géométrie variable puisqu'elle recouvre des notions différentes. Elle désigne le meurtre d'une femme, par un parallélisme parfait avec l'homicide qui désignerait exclusivement le meurtre d'un homme. Mais certaines veulent le limiter au meurtre commis par un homme sur une femme, parce qu'elle est une femme, alors que d'autres veulent l'élargir au meurtre commis par un homme sur une

## **Actualité pénale**

personne ayant l'apparence ou le comportement d'une femme, et certaines veulent une référence à la condition féminine ou à « l'expression d'une domination masculine, patriarcale et d'une volonté d'emprise ». Les médias français emploient l'expression pour désigner les meurtres de femmes commis par le conjoint ou l'ex-conjoint, donnant au concept une champ d'application bien plus restreint. Le terme est aujourd'hui plus utilisé dans un sens politique que juridique, suscitant de multiples difficultés d'ordre général ; le rapport explique « que le choix d'un terme trop large risque de ne pas être juridiquement opérationnel, tandis que le choix d'un terme trop restreint risque de ne pas permettre de tenir compte de la diversité des identités individuelles et des situations de fait », mais aussi d'ordre juridique, quant à l'application aux personnes transgenre ou au sein des couples lesbiens.

Ensuite, cette difficulté de définition générale du « féminicide » débouche sur une difficulté juridique, car faisant naître « le risque d'entériner en droit la catégorisation des femmes comme victimes des hommes ». La création d'une incrimination autonome de féminicide permet de sortir de la définition générale et indifférenciée de l'homicide. Mais cette catégorisation des femmes comme victimes, donc une minorité fragile à protéger, ne va pas dans le sens d'une plus grande égalité entre les sexes. D'un point de vue juridique, cela risque « d'ancrer le sexisme dans notre ordre judiciaire ».

Ces difficultés sont encore plus prononcées dans l'inscription du féminicide dans le Code pénal, que ce soit d'un point de vue théorique ou pratique.

## **Actualité pénale**

L'inscription du féminicide dans le Code pénal s'expose à un risque de non-respect du principe constitutionnel d'égalité devant la loi. L'incrimination autonome de féminicide, inscrivant le sexe des personnes comme condition d'incrimination, puisque nécessairement les hommes en sont les auteurs et les femmes les victimes, ne définit pas les éléments constitutifs de l'infraction « de manière neutre et égale ». Or, le principe d'égalité des citoyens devant la loi inscrit à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 implique également l'égalité devant l'institution judiciaire élevé par le Conseil constitutionnel au rang de principe à valeur constitutionnelle. C'est ce qui a justifié la disparition des incriminations autonomes de parricide et infanticide lors de l'adoption du nouveau Code pénal. « Ce principe d'égalité devant la loi s'oppose à ce que les crimes soient « genrés » et les victimes doivent donc être désignées de manière neutre mais universelle », empêchant de « caractériser une infraction du fait du sexe féminin de la victime et de celui masculin de l'auteur » ou de punir plus sévèrement le meurtre d'une femme que celui d'un homme et nuitrait « à l'universalisme du droit ». Outre cette difficulté théorique de définition, l'inscription du féminicide dans le Code pénal risque d'être contre-productif et de produire des effets négatifs. Contrairement à l'objectif poursuivi, elle risque d'affaiblir la répression car « plus une infraction est simple à démontrer de manière objective, plus il est aisé d'en rapporter la preuve et donc d'en sanctionner l'auteur ». L'ajout de la prise en compte du mobile risque de rendre plus difficile la caractérisation de l'infraction, mais il alourdit aussi considérablement la charge de la preuve pesant sur l'accusation, donc sur le ministère public, qui devra

## **Actualité pénale**

systématiquement prouver le mobile féministe de l'acte. Le caractère sexiste deviendrait la clé de la qualification pénale autonome et pourrait aboutir à des impossibilités, des requalifications et disqualifications. Cette modification aurait ainsi un effet symbolique positif, mais un effet juridique négatif. Si le terme ne devrait pas être inscrit en droit pénal, le rapport milite pour sa reconnaissance et son utilisation institutionnelle en France, dans la sphère politique, médiatique et judiciaire.

Les dispositifs juridiques existent, mais ils devraient être renforcés. Le droit pénal a renforcé la répression des infractions commises sur les femmes en raison de leur sexe. Si la circonstance aggravante existait traditionnellement au sein du couple, la loi du 9 juillet 2010 a choisi de prendre en compte spécifiquement ces infractions avec un renforcement de la logique répressive et une mise en œuvre d'une logique préventive avec la mise en place des dispositifs de protection continués par les dispositifs d'éloignement. La loi du 27 janvier 2017 « Égalité et citoyenneté » a introduit une circonstance aggravante générale à l'article 132-77 pour « un crime ou un délit [...] précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée ». Si elle prend en compte le sexe de la victime, elle est conforme au principe constitutionnel d'égalité devant la loi puisque la circonstance aggravante ne vise pas l'identité de la victime mais le motif de l'infraction. Le rapport revient sur une question technique spécifique de droit pénal. En effet, la loi du 27 janvier 2017 prévoit que « lorsque l'infraction est

## Actualité pénale

déjà aggravée soit parce qu'elle est commise par le conjoint, le concubin de la victime ou le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité, soit parce qu'elle est commise contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union », il n'est pas possible d'appliquer la circonstance aggravante fondée sur l'identité ou l'orientation sexuelle de la victime. Or, le rapport regrette l'impossibilité de cumuler les circonstances aggravantes de mobile sexiste et conjugalité de l'infraction. Même si cela ne change rien à la répression, puisque chacune de ces circonstances élève la peine encourue à la perpétuité, elle permettrait de rendre compte plus fidèlement de la dimension du féminicide dans l'acte. Cette modification symbolique serait importante d'un point de vue juridique. Si la répression est importante, elle intervient *a posteriori* et il est important d'agir en amont et de mieux protéger les victimes des violences genrées. Les dispositifs légaux et administratifs de protection des violences genrées sont complets et satisfaisants, mais leur mise en œuvre peut se révéler incomplète et insuffisante. Il faut donc allouer plus de moyens à la protection des victimes, mais aussi améliorer la formation des personnels devant prendre en charge les victimes. À ce titre, l'introduction du terme féminicide dans le débat public est utile et nécessaire.

« Mieux nommer pour mieux prendre en compte ». L'usage politique, médiatique et institutionnel du terme féminicide permettrait de rendre compte de cette réalité pour en reconnaître le caractère systématique et les spécificités. Cela permettrait d'intégrer le terme dans toutes les formations pour les violences

## **Actualité pénale**

conjugales. La ministre de la Justice a souligné avoir multiplié les formations ouvertes aux magistrats, mais aussi aux personnels de la Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ), aux officiers de police judiciaire, aux avocats et aux associations sur l'ensemble du territoire national. Le rapport considère que « ce terme n'est pas anecdotique, mais rend compte d'une réalité sociologique grave » et doit être systématiquement intégré aux formations destinées aux magistrats, plus particulièrement.

En conclusion, le rapport propose une résolution en annexe pour encourager l'emploi du terme de féminicide, comme désignant « les meurtres de femmes en raison de leur sexe, en particulier lorsque ceux-ci sont commis par le partenaire intime ou ex-partenaire intime », « afin de reconnaître le caractère spécifique et systémique de ces crimes et ainsi de mieux nommer ces réalités intolérables pour mieux y mettre un terme ». Cette modification aurait une portée symbolique forte, mais pas de portée juridique puisqu'elle n'affecterait pas le Code pénal.

*Élisabeth Rolin*

**Le Conseil d'État, acteur majeur de l'état d'urgence  
sanitaire<sup>1</sup>, conseiller du Gouvernement et juge,  
défenseur des libertés individuelles et droits  
fondamentaux**

*CE, Avis, Commission Permanente – 399873 – 18 mars 2020 sur  
un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-  
19*

*CE, Avis, Commission Permanente – 399878 – 18 mars 2020 sur  
un projet de loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie  
de COVID-19*

*CE, ord, 22 mars 2020, N° 439674, Syndicat jeunes médecins  
(confinement total)*

*CE, ord, 27 mars 2020, N° 439720, GISTI et autres (fermeture  
temporaire des centres de rétention administrative)*

*CE, ord, 28 mars 2020, N° 439693, Mme A. A. et autres (mise à  
disposition de matériel de protection aux personnels de santé)*

*CE, ord, 28 mars 2020, N° 439726, Le syndicat des médecins  
d'Aix et Région et autres (Production de masques et de tests de  
dépistage, administration d'hydroxychloroquine)*

<sup>1</sup>. Le club des juristes, Dans la peau de ... Jean-Denis Combrexelle, Président de la section contentieux du Conseil d'État, Blog du coronavirus, *leclubdesjuristes.com*, 23 mars 2020. Disponible sur : <https://www.leclubdesjuristes.com/dans-la-peau-de-jean-denis-combrexelle/>

CORDELIER, Jérôme, Guerre sanitaire : le Conseil d'État au front, *lepoint.fr*, 28 mars 2020. Disponible sur : [https://www.lepoint.fr/politique/guerre-sanitaire-le-conseil-d-etat-au-front-28-03-2020-2369126\\_20.php#](https://www.lepoint.fr/politique/guerre-sanitaire-le-conseil-d-etat-au-front-28-03-2020-2369126_20.php#)

Police administrative

*CE, ord, 28 mars 2020, N° 439765, Mme A. A. et autres (prescription de l'hydroxychloroquine, à l'hôpital et en ville)<sup>2</sup>*

« Institution hybride, modèle d'exportations plus ou moins réussies. Issu du Conseil du Roi, Bonaparte l'avait recréé comme conseil juridique de l'État, chargé aussi, mais accessoirement, de connaître des litiges avec les administrés. Parce que, au nom d'une conception originale de la séparation des pouvoirs, la justice ordinaire s'était trouvée bannie de toute immixtion dans les affaires publiques, c'est au Conseil d'État qu'est revenue la tâche de bâtir l'ensemble du droit administratif, et de le faire appliquer au sein d'un ordre juridictionnel autonome. Devant protéger à la fois les administrés, par fonction et l'intérêt général par vocation, il a souvent privilégié le second. Il offre même l'exemple rare d'une autorestriction permanente : alors que toute institution est portée à aller au bout de son pouvoir, lui est constamment resté en deçà du sien.<sup>3</sup> »

Cette définition du Conseil d'État de Guy Carcassonne, éminent professeur de droit constitutionnel demeure d'actualité à la lumière, tant des avis rendus le 18 mars 2020 sur les projets de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19<sup>4</sup>, dont un projet

**2.** CONSEIL D'ÉTAT, Dernières décisions (référés) en lien avec l'épidémie de Covid-19, *conseil-etat.fr*, 4 avril 2020. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19>

**3.** CARCASSONNE, Guy, *Petit dictionnaire de droit constitutionnel*, éditions du Seuil, p. 43-44.

**4.** CONSEIL D'ÉTAT, Avis sur un projet de loi et un projet de loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, *conseil-etat.fr*, 18 mars 2020.

## Police administrative

de loi organique<sup>5</sup>, que de cinq arrêts rendus par le juge des référés « liberté » durant la dernière quinzaine du mois de mars. Le Conseil d'État exerce ainsi deux missions historiques : conseiller du Gouvernement pour la préparation des projets de loi, ordonnances et décrets. Il est aussi le juge administratif suprême qui tranche les litiges relatifs aux actes des administrations, en particulier les décrets et les décisions ministérielles les plus importantes. La loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a introduit dans le Code de justice administrative (CJA) deux nouvelles procédures de référé en urgence, celle du référé suspension à l'article L. 521-1 et celle du référé « liberté » à l'article L. 521-2<sup>6</sup> du même Code, qui lui permet de protéger les libertés fondamentales lorsqu'il leur est porté atteinte gravement par l'administration.

### Le Conseil d'État, conseiller du Gouvernement

Après avoir presque disparu en matière législative sous la III<sup>e</sup> République, la fonction consultative a été rétablie par l'ordonnance

---

Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-deux-projets-de-loi-d-urgence-pour-faire-face-a-l-epidemie-de-covid-19>

**5.** Les lois organiques (article 46 de la Constitution) ont généralement pour objet de préciser l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics en application d'articles de la Constitution, à la différence des lois ordinaires (article 34 de la Constitution).

**6.** Sur l'office du juge des référés « liberté » cf Veille juridique du CREOGN , n° 83, janv. 2020, p. 71-73. Disponible sur :

<https://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/crqn/Publications/Veille-juridique/Janvier-2020>

## Police administrative

du 31 juillet 1945 qui a rendu obligatoire la consultation du Conseil d'État sur les projets de loi. La Constitution du 4 octobre 1958 a consacré cette fonction au niveau constitutionnel. Le Conseil d'État doit ainsi être saisi avant leur délibération en Conseil des ministres, sur tous les projets de texte relevant du domaine de la loi qui sont élaborés à l'initiative du Gouvernement, c'est-à-dire les projets de loi en vertu de l'article 39 de la Constitution, mais aussi les projets d'ordonnance en vertu de l'article 38. Il est également saisi des principaux décrets, les « décrets en Conseil d'État » qui sont pris sur habilitation expresse du législateur pour l'application des lois. Le nombre important de textes soumis à l'examen du Conseil d'État ne doit pas occulter le fait que beaucoup de dispositions législatives adoptées échappent à son examen : l'augmentation de la proportion de dispositions issues de propositions parlementaires (62 des 142 lois adoptées au cours des trois années 2016, 2017 et 2018 résultent de telles propositions) et les amendements présentés en cours d'examen des projets de loi devant le Parlement aboutissent à ce qu'en 2016, 2017 et 2018 un peu plus de la moitié seulement des dispositions de nature législative ont fait l'objet d'un examen préalable du Conseil d'État<sup>7</sup>.

L'article L. 112-1 du CJA rappelle que le Conseil d'État participe à la confection des lois et ordonnances et que, saisi d'un projet de texte, il donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaires. Habituellement, les demandes d'avis sont instruites

<sup>7</sup>. CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public 2019 : activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2018, *vie-publique.fr*, 3 juillet 2019, p. 196 et s. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/rapport/262494-rapport-public-dacitivte-2019-du-conseil-detat>

## **Police administrative**

dans un délai moyen de deux mois. La commission permanente est chargée de l'examen des projets de loi et d'ordonnance dans des cas exceptionnels où l'urgence est signalée par le Gouvernement : son examen se substitue alors à la fois à celui de la section administrative<sup>8</sup> compétente et à celui de l'assemblée générale. La durée moyenne d'examen des dossiers par la commission permanente est de quinze jours environ. La commission permanente a été saisie le 17 mars 2020 des deux projets de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 et en a délibéré le 18 mars 2020, ce qui est exceptionnel. Le projet de loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 comprenait un article unique qui suspend les délais dans lesquels le Conseil d'État et la Cour de cassation sont tenus de statuer sur la transmission au Conseil Constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité qui leur a été transmise par une juridiction ou de statuer sur une question de même nature soulevée devant eux, et le délai dans lequel le Conseil Constitutionnel doit statuer sur une telle question. Le projet de loi ordinaire comprenait de nombreux articles. Le titre I organise les modalités de report du deuxième tour des élections municipales qui devait se dérouler le dimanche 22 mars, le titre II instaure un dispositif d'urgence sanitaire et le titre III est relatif aux mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie et comporte une série d'habilitations à légiférer dans des domaines variés. Dans son avis sur ce second texte, « le Conseil d'État souscrit à l'objectif du Gouvernement visant à donner un cadre juridique spécifique aux

---

**8.** L'arrêté du 26 juillet 2019 fixe la répartition des affaires entre les sections administratives du Conseil d'État.

## Police administrative

mesures de police administrative nécessaires en cas de catastrophe sanitaire, notamment d'épidémie. En effet, si la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles a pu fonder le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 pris par le Premier ministre sur le fondement de ses pouvoirs de police générale et si l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique a donné leur base juridique aux mesures prises par le ministre de la santé, comme son arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus, l'existence d'une catastrophe sanitaire rend utile un régime particulier de l'état d'urgence pour disposer d'un cadre organisé et clair d'intervention en pareille hypothèse »<sup>9</sup>. Les deux avis du Conseil d'État ont été rendus publics à l'issue du Conseil des ministres qui en a délibéré et les a joints aux projets déposés au Parlement. La diffusion de ces avis<sup>10</sup> a ainsi pour objet d'éclairer les débats parlementaires et d'informer les citoyens.

**La loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19**, publiée au Journal officiel du 31 mars 2020, suspend ainsi les délais mentionnés aux articles 23-4, 23-5 et 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel jusqu'au 30 juin 2020. Quant à la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 publiée au Journal officiel le 24

<sup>9</sup>. §15 de l'avis de la commission permanente – 399873- du 18 mars 2020.

<sup>10</sup>. Les avis du Conseil d'État sont diffusés dans les dossiers législatifs des projets de loi déposés au Parlement sur le site de Legifrance. Le premier avis, rendu public le 19 mars 2015, est celui donné sur le projet de loi relatif au renseignement.

## Police administrative

mars 2020, elle prévoit de nombreuses dispositions dérogatoires et autorise, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi. C'est ainsi que le Conseil d'État a été consulté depuis l'adoption de la loi sur plusieurs projets d'ordonnances dans des domaines variés, avec des délais d'instruction de 48 à 72 heures, à titre d'exemples, l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale ou l'ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 relative à l'organisation des examens et concours pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19. Cette dernière est applicable du 12 mars au 31 décembre 2020.

### « Juger l'administration c'est encore administrer.<sup>11</sup> »

« Juger l'administration, c'est encore une fois administrer. » Cette formule consacrée pour évoquer la juridiction administrative traduit la nécessité d'instaurer un juge spécifique encadrant l'administration, dissocié du juge de droit commun. En effet, la naissance de la justice administrative résulte historiquement de la méfiance des pouvoirs publics vis-à-vis des juges judiciaires. Plusieurs textes issus de la Révolution française témoignent de cette volonté, notamment la loi des 16 et 24 août 1790 interdisant

<sup>11</sup>. DE PANSEY Henrion, conseiller d'État, *De l'autorité judiciaire*, 1827.

## Police administrative

à l'ordre judiciaire de connaître des affaires de l'administration. Le Conseil d'État a ainsi été créé en 1799 par l'article de la Constitution du 22 frimaire an VIII afin que l'administration ait le bénéfice d'être jugée par un juge spécialisé davantage conscient des nécessités qu'impose la sauvegarde de l'intérêt général. « Toutefois, le fait que la justice administrative est ainsi conçue n'exclut pas qu'elle soit une justice digne de ce nom (...) D'une façon générale, le Conseil d'État a su concilier la raison d'être de la juridiction administrative avec la nécessité de faire leur juste part aux droits et intérêts privés.<sup>12</sup> »

L'actualité récente apporte une nouvelle illustration de ce délicat équilibre que recherche en permanence le Conseil d'État qui doit tenir compte des mesures déjà prises mais n'hésite pas à enjoindre à l'administration, lorsque cela est possible, d'en prendre de nouvelles. L'ordonnance du juge des référés, en formation collégiale du 22 mars 2020, rejette ainsi une demande de confinement total mais enjoint au Gouvernement d'apporter des précisions sur certains motifs de sortie, ce qu'il a fait dans les 48 heures en modifiant les cas de dérogation sur l'attestation nécessaire en cas de déplacements. De même, les quatre autres ordonnances de référé en date des 27 et 28 mars 2020, après avoir rappelé que « le droit au respect de la vie, le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants ainsi que le droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé constituent des libertés fondamentales au sens des

---

<sup>12</sup>. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Tome 1, 15<sup>e</sup> édition, Montchrestien, p. 772.

**Police administrative**

dispositions de l'article L. 521-2 du CJA, de même que la liberté d'aller et venir et le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui », rejettent les requêtes en tenant compte des mesures adoptées par l'administration ou en se fondant sur les avis des experts scientifiques, que ce soit pour les masques, les tests de dépistage ou la prescription de l'hydroxychloroquine, le juge administratif ne se substituant ni aux uns ni autres et se maintenant sur cette ligne de crête.

*Xavier Latour*

## **La police administrative à l'épreuve du Covid**

La crise sanitaire liée à l'épidémie mondiale de Covid-19 a contraint les décideurs nationaux et locaux à prendre des mesures préventives d'une ampleur inédite.

À cette fin, ils ont recouru à leurs prérogatives de police administrative.

Les juristes connaissent bien les enjeux de leur utilisation. La prise de mesures préventives passe, classiquement, par la police administrative générale ou par la police administrative spéciale. Elles se combinent, au gré des besoins, aussi bien dans le cadre de l'administration centrale et déconcentrée, que dans celui de la décentralisation. En agissant, les différentes autorités respectent une obligation, puisque leur passivité pourrait justifier des actions en responsabilité.

Ainsi, le gouvernement a, d'une part, recouru à la police sanitaire (police spéciale), quand les autorités locales ont agi, d'autre part, en se fondant sur la police administrative générale, tandis qu'un régime d'état d'urgence sanitaire a aussi été créé.

### **Le recours à la police administrative sanitaire spéciale**

Il revient à l'État de faire face à une crise sanitaire, comme en dispose le Code de la santé publique (CSP, article L 1411 al. 2 et 4).

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

Afin de coordonner les mesures à prendre, l'exécutif s'appuie sur les moyens éprouvés dans d'autres domaines.

Le Conseil national de défense et de sécurité nationale, placé sous l'autorité du chef de l'État, n'est pas cantonné à la lutte contre le terrorisme ou au suivi des questions de défense. Il est utilisé comme un instrument de coordination, dans une logique interministérielle, sans pour autant marginaliser le Conseil des ministres.

Dans le prolongement des échanges menés en son sein, le ministre de la Santé a pu prendre un certain nombre de décisions essentielles relatives, notamment, à l'activation des plans d'urgence dans les établissements de santé.

En étroite relation avec les Agences régionales de santé, il a pu, également, sur le fondement de l'article L 3131-1 du CSP, user de ses prérogatives de police administrative spéciale, en particulier, afin de restreindre les rassemblements et autres activités collectives. Ces mesures prises par arrêté sont ensuite reprises par décret du Premier ministre.

Dans ce schéma, le Président de la République n'est donc pas, en droit, celui qui décide. Il n'a pas compétence pour cela, puisqu'il ne détient pas de compétence de police administrative. En revanche, il est celui qui impulse, dans la logique présidentialiste de la V<sup>e</sup> République.

Parallèlement, le gouvernement a usé de prérogatives de puissance publique pour imposer des mesures de réquisition (décret n° 2020-190 du 3 mars 2020 et arrêté du 6 mars 2020), et même encadrer

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

les prix de certains produits (décret n° 2020-197 du 5 mars 2020 relatif aux prix de vente des gels hydro-alcooliques). La police administrative spéciale relève, également, du niveau déconcentré. Les préfets peuvent, en effet, procéder à des réquisitions (article L 3131-8 CSP).

### **La construction de l'état d'urgence sanitaire : quand l'État s'adapte à la crise**

Malgré tout, le gouvernement a ressenti le besoin de consolider les moyens à sa disposition en faisant voter par le Parlement la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19. S'il avait pu se contenter d'une application de la théorie des circonstances exceptionnelles par le juge administratif, il a privilégié la sécurité juridique dans la suite d'un mouvement désormais bien connu résumé en une formule : « une crise, une loi ».

Cette évolution part du constat de l'inutilité de l'article 16 de la Constitution dès lors, notamment, que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics n'est pas entravé. L'article 36 relatif à l'état de siège n'est pas plus pertinent. Elle traduit la volonté de mieux graduer les réponses apportées à une menace sanitaire grave (temps normal) et à une catastrophe sanitaire (temps de crise).

Plutôt que de corriger le Code de la santé publique pour consolider les prérogatives du ministre de la Santé et du Premier ministre, le choix, déjà contesté par certains observateurs, a été fait de se placer sur le terrain d'un régime de crise.

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

Dès lors, il eût été envisageable de compléter la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence, pourtant plusieurs fois modifiée entre 2015 et 2017. Le Gouvernement a opté pour un montage juridique distinct, tout en s'en inspirant. Pourtant, les « calamités publiques » prévues par le texte auraient pu justifier d'enrichir la loi de dispositions spécifiques aux enjeux de santé publique.

La dissociation s'explique vraisemblablement par la volonté de ne pas mélanger les genres. L'état d'urgence de 1955 reste attaché à des préoccupations de sécurité intérieure, et plus spécialement à la lutte contre le terrorisme. Son application prolongée a aussi soulevé des débats animés sur son impact sur les libertés. La dissociation n'empêche pas les critiques sur un nouvel état d'urgence pas forcément justifié en droit, et potentiellement liberticide.

Néanmoins, la loi du 23 mars 2020 reprend des principes de la loi de 1955. L'application du régime est ainsi décidée en Conseil des ministres, pour une durée limitée (30 jours au lieu de 12, ce qui ne renforce pas le Parlement), avant un possible renouvellement par le Parlement. Une fois le régime activé, le Premier ministre voit ses pouvoirs de police renforcés. Là réside l'apport essentiel du texte. La catastrophe exige de prendre des mesures nationales dont la responsabilité incombe beaucoup plus au chef du Gouvernement qu'au ministre de la Santé.

En effet, le CSP modifié lui confère des prérogatives adaptées à une crise sanitaire dont l'exercice sera naturellement contrôlé par le juge administratif qui fera application du contrôle de proportionnalité, comme le législateur l'y invite. Les pouvoirs

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

accordés ressemblent, pour certains, à ceux de l'état d'urgence : restriction de circulation, confinement (au lieu d'assignation à résidence), fermeture d'établissements...

Ils s'en éloignent dès lors qu'il s'agit aussi de recourir aux réquisitions ou au contrôle des prix et d'imposer des restrictions de la liberté d'entreprendre.

De son côté et en dehors des décisions relevant du Premier ministre, le ministre de la Santé peut prescrire des mesures de police administrative spéciale (article L 3131-16). Il peut prendre, dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, des mesures « strictement nécessaires et proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriés aux circonstances de temps et de lieu » (article L 3131-16 al. 3).

L'un et l'autre, le Premier ministre et le ministre de la Santé, s'appuient sur le préfet de département qui prend les mesures générales ou individuelles d'application (article L 3131-17).

Un comité de scientifiques (deux personnalités qualifiées nommées par le Président de l'Assemblée nationale et par celui du Sénat et d'autres personnes nommées par décret) éclairera le Gouvernement et le Parlement, qui recevra les informations transmises par l'Exécutif. Le président du comité est nommé par décret du Président de la République. Ses avis sont rendus publics. Le comité est dissous lorsque prend fin l'état d'urgence sanitaire. Sa participation à la gestion de crise devra être observée avec soin. Le rôle des experts dans la prise des décisions et leur influence sur les décideurs politiques exigera un peu de recul pour se forger une

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

opinion.

Le texte permet, par ailleurs, aux policiers municipaux et aux gardes champêtres de verbaliser en cas de non-respect des interdictions de déplacement.

La fin de l'état d'urgence sanitaire peut être prononcée par un décret en Conseil des ministres, avant la date prévue.

**La pertinence de la police administrative générale : oui, mais...**

Les préfets de département demeurent compétents pour garantir l'ordre public, lequel englobe la salubrité publique. Sur ce fondement, les représentants de l'État ont interdit des rassemblements ou autres activités, en raison de circonstances locales particulières. Ils ont pu aussi instaurer un couvre-feu afin de mieux faire respecter les mesures de confinement.

De plus, bien que jouant un rôle essentiel, le préfet de département n'est pas seul. Le préfet de zone de défense et de sécurité a, pour sa part, compétence pour agir dans l'hypothèse où la situation prendrait des proportions telles, que cela nécessiterait une action plus globale (article L 3131-9 CSP).

Les maires agissent eux aussi.

Face à une crise nationale, le local n'est pas écarté. L'article L 2212-2 et 4 du Code général des collectivités territoriales conserve son

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

intérêt pour justifier l'exercice des prérogatives de pouvoirs de police administrative générale.

Des interdictions de circulation (sur les plages par exemple), ou des décisions de couvre-feu ont été instaurées sur cette base. La situation sanitaire justifie alors la restriction des libertés. La Convention européenne des droits l'Homme couvre ces limitations au nom de la protection de la santé. De son côté, le Conseil constitutionnel l'admet également.

Cependant, les élus locaux connaissent bien la difficulté de recourir à ce type de mesure.

Ils savent la nécessité de les motiver précisément et de les adapter aux circonstances pour passer le contrôle de légalité du préfet et, éventuellement, du juge administratif. La proportionnalité de la mesure, ainsi que son caractère ni trop général ni trop absolu, constituent des éléments appréciés au cas par cas.

En outre, l'exercice de la police administrative générale et locale s'apprécie au regard de l'intervention d'une autorité de police administrative spéciale. La seconde n'exclut pas forcément la première sous réserve, cependant, de ne pas aller trop loin. La frontière s'est obscurcie avec la crise sanitaire. Des maires ont aggravé des mesures au nom des circonstances locales et d'un danger imminent.

Pourtant, le maire ne doit pas concurrencer la police spéciale en utilisant ses prérogatives de police générale. Tel était l'enjeu dans l'affaire de Sceaux sur le port du masque obligatoire contesté, jusque devant le Conseil d'État (ord. 17 avril 2020), par la Ligue des

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

droits de l'Homme.

Comme la commune de Sceaux, des villes tentent parfois d'aller au-delà de la réglementation nationale. Telle était la volonté du maire en imposant le port du masque dans la rue. A priori, l'idée paraît bonne au nom du principe de précaution, a priori seulement. Le juge administratif fixe une limite selon laquelle un arrêté de police est « subordonné à la double condition » que les mesures prises « soient exigées par des raisons impérieuses propres à la commune et qu'elles ne soient pas susceptibles de compromettre la cohérence et l'efficacité des mesures prises par l'État dans le cadre de ses pouvoirs de police spéciale ».

En l'espèce, le Conseil d'État remet en cause les arguments avancés par la commune et ne les classe pas dans la catégorie des raisons impérieuses. Si la protection des personnes âgées est sans doute un but louable, le port généralisé de masques n'est pas nécessaire. Des mesures moins contraignantes seraient plus appropriées. L'objectif de prévention est ainsi apprécié de manière assez classique. La police administrative générale doit permettre de répondre à un risque avéré et non hypothétique, même si la limite entre les deux est floue.

Pour dissiper toute ambiguïté, le juge souligne que l'arrêté de police « est susceptible de nuire à la cohérence des mesures prises, dans l'intérêt de la santé publique, par les autorités sanitaires compétentes ». « De plus, en laissant entendre qu'une protection couvrant la bouche et le nez peut constituer une protection efficace, quel que soit le procédé utilisé, l'arrêté est de nature à

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

induire en erreur les personnes concernées et à introduire de la confusion dans les messages délivrés à la population par ces autorités ».

Le port du masque peut être recommandé par l'Académie de médecine, cela ne suffit pas à fonder une mesure, trop contraignante au regard de la liberté d'aller et de venir. Ce faisant, la compétence technique du maire à apprécier une situation sanitaire est largement réduite. Seule la compétence gouvernementale compte. Les textes sur l'urgence sanitaire ont justement été élaborés pour renforcer les prérogatives de police sanitaire de l'État dont le maire n'est que le relais.

*Directeur de publication :*

**Colonel Dominique SCHOENHER**

*Rédacteur en chef :*

**G<sup>al</sup> d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD**

*Rédacteurs :*

**G<sup>al</sup> d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD  
Frédéric DEBOVE  
Claudia GHICA-LEMARCHAND  
Xavier LATOUR  
Elisabeth ROLIN  
Ltn Océane GERRIET**

*Équipe éditoriale :*

**Odile NETZER**