

LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 87

Mai 2020

EDITO

Le déconfinement (que l'on aurait dû qualifier de « confinement allégé », tant il a été assimilé par certains comme une invitation au relâchement, notamment à Paris) donne le signal de la reprise. En vérité, le CREOGN n'a jamais cessé ses activités et a même publié plus que d'habitude. Il a également renforcé les états-majors parisiens pour la conduite de la crise. Je remercie les contributeurs qui ont été fidèles à la Veille juridique et madame Netzer qui a soutenu son ardeur en télétravail.

Nous vivons une période exceptionnelle, une période d'exception, avec des dispositions « extra ordinaires », confiées par la loi au gouvernement. Pour autant, l'État de droit demeure. Les juges administratifs et

(Suite page 2)



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

Edito

constitutionnels, tout en prenant en compte les circonstances particulières, ont préservé l'équilibre entre la sécurité sanitaire et la liberté. Ils ont maintenu leur contrôle en censurant les mesures générales et absolues ou disproportionnées par rapport à la finalité poursuivie. Même en période de crise, on ne peut pas tout faire, tout en permettant au gouvernement de lutter avec les armes adéquates.

Le confinement et le déconfinement soulignent plus que jamais l'importance du discernement, qualité que l'on doit attendre chez les représentants de l'ordre. La liberté d'aller et venir n'a pas été totalement abolie, eu égard aux dérogations apportées par les autorisations de sortie et, aujourd'hui, par la tolérance des déplacements à moins de 100 km à vol d'oiseau (l'oiseau est désormais collaborateur du service public...). Opérant de très nombreux contrôles, les policiers et gendarmes doivent ajuster leur action à une situation qui n'est pas binaire mais laisse une marge d'interprétation fondée sur la bonne foi des citoyens, sur les circonstances particulières. L'intelligence des situations est plus que jamais nécessaire. Faire comprendre le sens de la restriction est d'autant plus difficile que les citoyens éventuellement verbalisés découvrent avec la télévision les zones de non-droit, les comportements scandaleux d'inconscients qui semblent échapper à une obligation qui devrait s'appliquer de la même manière *urbi et orbi*. Une certaine exaspération des « ruraux » à l'égard des « urbains » est manifeste, même si les conditions de confinement des premiers sont sans commune mesure avec les « prisonniers du béton ». Il n'empêche que certains départements peu touchés par la Covid-19 peuvent imputer les mesures drastiques les concernant à

Edito

un certain laisser-aller dans les zones « rouges ».

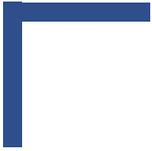
Le télétravail, conjugué aux difficiles conditions de confinement dans les villes, va accentuer le mouvement de (re)peuplement des zones périurbaines et de certaines zones rurales. Les tendances le confirment, comme peuvent en témoigner les spécialistes de l'immobilier. Le télétravail va perdurer, c'est un acquis, tant la majorité des employeurs et des salariés en a compris l'intérêt. Mais il importera de mieux sécuriser les communications, les échanges de données, car les équipements ou les logiciels utilisés sont en général peu conformes aux règles de cybersécurité. L'enseignement à distance aussi a connu un essor, par obligation, les cours et les examens en « présentiel » étant impossibles. Là encore, il faudra réfléchir à de nouvelles formes de pédagogie. Pour accéder à des contenus, pour établir des liaisons, il est urgent de réduire la fracture numérique. 6 millions de Français vivent dans des « zones blanches », sans connexion à Internet. Au XXI^e siècle, ce n'est plus possible. C'est aussi une exigence démocratique : les ruraux sont égaux des citoyens devant les charges publiques et doivent donc l'être aussi devant les services publics. Ne pas le comprendre c'est prendre le risque d'une Jacquerie. La politique de la ville c'est bien, à condition d'avoir son pendant au profit de toutes les autres communes ! Les investissements lourds (tels ceux du Grand Paris) ne sauraient écarter les efforts qu'il faut aussi consentir ailleurs.

Au sein de territoires sans doute mieux équilibrés, la gendarmerie doit plus que jamais développer une politique de proximité, une réponse aux attentes des citoyens, dans une démarche client/service. L'opération « Répondre Présent », lancée par le directeur général, est conjoncturelle, si l'on considère les actions de

Edito

solidarité ou de substitution, justifiées par la crise. Elle est pérenne, dès lors qu'elle a pour ambition de rapprocher la gendarmerie des élus, des citoyens, des entreprises, pour maintenir la cohésion sociale et construire ensemble une résilience territoriale nécessaire en temps de crise. Le maillage des brigades a montré toute son efficacité.

Les jours qui s'annoncent n'épargneront personne. Ils vont sans doute recentrer sur l'essentiel les modes de vie, les pratiques de consommation, la création de valeur. L'humain va revenir au cœur des politiques publiques et des initiatives privées. Pour la gendarmerie, c'est l'occasion de donner du sens à la « force humaine ».



SOMMAIRE



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

Déontologie et sécurité	<u>6</u>
Droit de l'espace numérique	<u>16</u>
Actualité pénale	<u>41</u>
Police administrative	<u>65</u>
Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée	<u>74</u>



Frédéric DEBOVE

Les unités d'élite à l'épreuve de l'adage *Melius abundare quam deficere*

D'origine médiévale, la sentence latine *Melius abundare quam deficere* (souvent exprimée sous la forme abrégée *Melius abundare*) signifie dans son usage le plus courant que mieux vaut trop que pas assez. En d'autres termes, et pour reprendre la pensée de Saint Augustin (*de civitate Dei*, 4, 27), le superflu ne saurait nuire (*Superflua non nocent*). Si l'abondance de biens ne nuit pas en règle générale, sans doute l'excès est-il en certaines circonstances blâmable. C'est le cas tout particulièrement lorsque l'excès vient rompre le fragile équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la société et la sauvegarde des intérêts fondamentaux des individus. En pareil cas, la voie extrême doit laisser place à la modération conformément au principe *In medio stat virtus* (la vertu se tient au milieu) sur lequel est construit l'*Ethique de Nicomaque*. Cette invitation à la modération est aussi l'enseignement majeur de l'**arrêt Castellani contre France** rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) – cinquième section – le 30 avril 2020 (requête n° 43207/16).

Les chiens aboient et le GIPN passe

À l'origine de ce récent arrêt de condamnation de l'État français se trouve une requête se rapportant à des allégations de violences policières lors d'une interpellation d'un suspect à son domicile. Plus précisément, dans le cadre d'une information judiciaire ouverte du

Déontologie et sécurité

chef de subornation de témoins et menaces de mort réitérées, un juge d'instruction avait délivré une commission rogatoire aux fins d'identifier les auteurs des faits délictueux et de procéder à toutes investigations utiles à la manifestation de la vérité. Une fois les auteurs identifiés, les enquêteurs de sécurité publique de la circonscription de Nice ont alors procédé à leur interpellation avec le soutien de certains effectifs du Groupe d'intervention de la police nationale (GIPN), unité d'élite de la police nationale dont les personnels – intégrés au RAID depuis 2015 – sont appelés prioritairement à intervenir dans des situations d'extrême violence, à hauts risques (actes de terrorisme, prises d'otage, mutineries, retranchements de forcenés) ou potentiellement dangereuses (interpellations sensibles). Autant l'interpellation des membres de la famille E.H se déroula sans encombre, autant celle du requérant se révéla nettement plus mouvementée et controversée. Les versions des principaux protagonistes de l'opération policière sont en effet largement divergentes. Réveillé à l'aube par les aboiements de ses chiens, le requérant prétend qu'au moment même où il s'apprêtait à descendre au rez-de-chaussée de son domicile, il aurait aperçu un homme cagoulé de noir en train de monter l'escalier. Prenant l'intrus pour un cambrioleur, le requérant s'empara alors d'une barre de fer et le frappa à plusieurs reprises jusqu'au moment où plusieurs autres individus annoncèrent à haute et intelligible voix leurs qualités de policiers. Une fois maîtrisé, le requérant aurait été menacé et frappé à coups de poings et de pieds dans une pièce vide de son domicile avant de l'être de nouveau à l'occasion de son transport en véhicule banalisé vers le commissariat. La version des fonctionnaires de police est aux

Déontologie et sécurité

antipodes du récit qui précède : à s'en tenir au procès-verbal d'interpellation, les effectifs du GIPN auraient tour à tour enfoncé la porte d'entrée à coup de bélier, sécurisé le rez-de-chaussée, puis emprunté l'escalier menant à l'étage en annonçant très clairement et à plusieurs reprises leurs qualités de policiers. Placé en embuscade sur le palier de l'étage, le requérant aurait alors asséné plusieurs coups de barre de fer à l'encontre des fonctionnaires de police placés en tête de la colonne d'assaut. Afin de maîtriser l'intéressé, les effectifs du GIPN l'auraient alors ramené énergiquement au sol en le plaquant face contre terre. Pendant le temps de cette immobilisation, la compagne du requérant (en pleine crise de nerfs) et sa fille étaient prises en charge et une perquisition permettait de découvrir plusieurs armes (deux carabines et un fusil non chargés). Placé en garde à vue à 6h25 (heure de son interpellation), le requérant fut examiné par un médecin à 7h45, qui constata la compatibilité de la mesure avec l'état de santé du suspect sous réserve de radiographie. Malgré un ordre de transfert en milieu hospitalier délivré par l'officier de police judiciaire (OPJ) à 8h10, le requérant ne fut transporté vers l'hôpital qu'à 15h30, soit neuf heures après le moment de son interpellation. Par la suite, deux médecins légistes examinèrent le suspect et conclurent à une incapacité totale de travail d'une durée supérieure à huit jours (19 jours au final), en considération de l'existence de multiples ecchymoses sur l'ensemble du corps et de nombreuses fractures (des os du nez, du maxillaire droit et du plancher de l'orbite droite).

Déontologie et sécurité

Si ce n'est toi, c'est donc l'État !

Dans le même temps qu'une ordonnance de non-lieu mettait fin aux poursuites, s'agissant des faits délictueux à l'origine de son interpellation, le requérant était appelé à comparaître devant le tribunal correctionnel des chefs de violences aggravées sur dépositaire de l'autorité publique et détention illégale d'arme. Reconnu partiellement coupable du second chef de prévention, le requérant allait en revanche bénéficier d'une relaxe du chef des violences sur le fondement de la légitime défense putative (les juges considérant que l'intéressé avait pu légitimement se croire agressé à son domicile, en l'absence de toute certitude sur la réalisation des sommations et en considération de la configuration des lieux qui ne permettait pas au prévenu de s'apercevoir que son domicile était massivement investi par des policiers). Parallèlement, des poursuites pénales étaient engagées contre les policiers impliqués dans l'interpellation litigieuse pour non-assistance à personne en péril, violences volontaires et actes de barbarie. Après quelques accrocs de procédure, les policiers mis en cause devaient bénéficier d'un non-lieu des chefs des actes de barbarie et des violences aggravées aux motifs « *qu'il n'était pas établi que les fonctionnaires de police aient porté inutilement un ou des coups au requérant après qu'il eût été maîtrisé ni qu'il ait subi des violences pendant son transport au commissariat* ». Quant aux policiers renvoyés en correctionnel du chef d'omission de porter secours, le tribunal devait finalement les relaxer aux motifs que « s'il ne faisait pas de doute que l'organisation générale du service des gardes à vue avait manqué d'efficacité, rien ne permettait d'affirmer que

Déontologie et sécurité

lesdits fonctionnaires de police avaient omis volontairement de porter assistance au requérant, alors qu'ils avaient sollicité à plusieurs reprises de leur salle de commandement qu'un véhicule vienne le prendre en charge pour le conduire à l'hôpital ». Nullement échaudé par l'insuccès de ses actions intentées contre les fonctionnaires de police, le requérant engageait par la suite une action en responsabilité de l'État devant le tribunal de grande instance de Nice aux fins d'être indemnisé du préjudice subi du fait de son interpellation et de son placement subséquent en garde à vue. À l'issue de multiples rebondissements judiciaires (faute lourde reconnue en première instance, écartée en appel, mais arrêt d'appel cassé par les juges du quai de l'Horloge), la cour d'appel de Montpellier allait trancher, sur le modèle du roi Salomon, en jugeant que la faute lourde, engageant la responsabilité de l'État, n'était pas démontrée s'agissant des conditions d'intervention du GIPN, « *l'inutilité ou le caractère disproportionné de cette intervention ne pouvant être établi en considération des actes accomplis par le requérant pour se défendre, mais aussi de sa persistance à se rebeller* ». Disculpé s'agissant de l'interpellation, l'État était en revanche reconnu coupable d'une faute lourde (et condamné au paiement d'une somme globale de 7 000 euros) à raison du défaut de soins durant la garde à vue dont le requérant avait fait l'objet. Estimant que cette décision ne réparait qu'imparfaitement le préjudice qu'il estimait avoir subi du fait de l'opération policière le concernant, le requérant saisissait alors la Cour européenne des droits de l'Homme. Au soutien de sa requête, l'intéressé alléguait que le choix de faire intervenir une unité d'élite de la police à son domicile comme l'usage de la force par ces mêmes policiers

Déontologie et sécurité

caractérisaient un traitement inhumain et dégradant.

La déclinaison de la règle « *ultra petita* » aux unités d'élite

Appelée à se prononcer sur ces allégations de traitements contraires à l'article 3 CEDH, la Cour de Strasbourg commence tout d'abord par rappeler les principes généraux applicables au recours à la force à l'occasion d'une interpellation et, singulièrement, les règles de proportionnalité et d'absolue nécessité (V. notamment CEDH, *Ghedir et autres c/ France*, 16 juillet 2015 ; CEDH, *Boukrourou et autres c/ France*, 16 novembre 2017). Le respect de ces principes est naturellement examiné *in concreto*, en considération des circonstances particulières de chaque espèce. L'appréciation de la Cour européenne des droits de l'Homme porte non seulement sur les modalités d'exécution de l'interpellation mais aussi sur la planification de l'opération. Le recours à la force dépend ainsi de plusieurs variables qui pèsent inévitablement sur le choix des autorités compétentes : ainsi, la résistance violente à l'arrestation, le risque de fuite ou de disparition des preuves. Sous réserve des situations urgentes et imprévisibles, toute opération d'interpellation planifiée à l'avance doit l'être de manière à assurer que les moyens employés soient strictement nécessaires pour procéder à l'arrestation de l'individu considéré et, le cas échéant, au recueil des preuves de l'infraction sur laquelle porte l'enquête. Déclinant ces principes généraux au cas d'espèce dont ils sont saisis, les juges européens constatent d'emblée que le requérant a souffert de blessures importantes à la suite de son interpellation : des blessures physiques (avec une ITT de 19 jours) auxquelles

Déontologie et sécurité

s'ajoutent des souffrances psychiques. « *La manière dont s'est déroulée l'arrestation du requérant, à savoir très tôt le matin à son domicile, après une ouverture forcée du portail et de la porte d'entrée, par de nombreux agents cagoulés et armés, devant sa compagne et sa fille, ont nécessairement provoqué de forts sentiments de peur et d'angoisse chez lui, susceptibles de l'humilier et de l'avilir à ses propres yeux et aux yeux de ses proches* » (V. dans le même sens, CEDH, *Gutsanovi c/ Bulgarie*, 15 octobre 2013). Ces blessures physiques et psychologiques sont-elles compatibles avec un recours à la force à la fois proportionné et absolument nécessaire ?

Au moment de trancher cette question essentielle, la Cour de Strasbourg se penche tout d'abord sur la planification de l'opération d'interpellation. Un principe est alors énoncé, immédiatement teinté d'une réserve importante qui en limite la portée. En règle générale, « *il n'appartient pas à la Cour de juger du choix d'un service plutôt qu'un autre pour appréhender une personne aux fins d'audition dans le cadre d'une enquête pénale. Néanmoins, l'intervention d'unités spéciales habituellement engagées dans des situations d'extrême violence ou particulièrement périlleuses exigeant des réactions promptes et fermes peut comporter des risques particuliers d'abus d'autorité et de violation de la dignité humaine* ». Aussi, la Cour de Strasbourg considère-t-elle que l'intervention de telles unités doit donc être entourée de garanties suffisantes. Or, ce sont précisément ces garanties qui ont fait cruellement défaut dans l'affaire soumise à l'appréciation de la Cour.

En l'espèce, le concours du GIPN avait été sollicité puis obtenu (avec le double accord du Directeur général de la police nationale

Déontologie et sécurité

et du Directeur départemental de la sécurité publique territorialement compétent et après information du magistrat instructeur) aux seules fins d'interpeller les membres de la famille E.H qui avaient déjà été condamnés pour des faits de violences et de séquestration de fonctionnaire de police. Profitant de la présence en force du GIPN, une commandante de police avait jugé opportun de solliciter l'assistance de cette unité d'élite pour l'interpellation du requérant impliqué dans la même affaire. Choix opportun sans doute mais juridiquement très douteux au regard des règles d'engagement du GIPN. En application d'une circulaire du ministère de l'Intérieur du 4 août 1995 en vigueur à la date des faits, « les services de la police nationale sollicitant le concours du GIPN territorialement compétent pour des missions de renfort ou d'assistance doivent, par l'intermédiaire des leurs hiérarchies, s'adresser au directeur départemental du lieu d'implantation du GIPN en précisant la nature de l'affaire, les objectifs et le cadre juridique. La direction centrale de la sécurité publique avisée sans délai par le directeur départemental sollicitera auprès du directeur général de la police nationale la décision de mise à disposition ». En l'espèce, le GIPN avait procédé à l'interpellation du requérant sans que le juge d'instruction ait été informé ni que le directeur général de la police nationale ait donné son accord. En somme, le GIPN était intervenu en méconnaissance de la règle judiciaire traditionnelle « *ultra petita* ». En outre, la dangerosité supposée du requérant mise en avant pour justifier l'intervention du GIPN ne résultait que des déclarations des fonctionnaires de police ayant requis son intervention et n'était étayée par aucun élément probant. S'il est vrai que le requérant détenait des armes à son domicile au moment

Déontologie et sécurité

de son interpellation, deux d'entre elles lui ont ensuite été restituées au motif que leur possession ne caractérisait aucune infraction pénale. Enfin, du fait de son caractère spontané et non calculé, cette intervention supplémentaire du GIPN s'est effectuée inévitablement dans une certaine improvisation. Aucune investigation préalable n'a permis de déterminer si le requérant serait seul au moment de son interpellation. La présence éventuelle de la fille du requérant et de son épouse n'a donc pas pu être anticipée. Or, selon l'appréciation de la Cour, *« la présence éventuelle de membres de la famille du suspect sur les lieux de l'arrestation est une circonstance qui doit être prise en compte dans la planification et l'exécution de ce type d'opérations policières »*. Après l'énoncé de la majeure (la règle de droit) et de la mineure (les faits), la conclusion des juges européens est alors sans surprise au regard des règles usuelles du syllogisme juridique : *« l'opération policière au domicile du requérant n'a pas été planifiée et exécutée de manière à s'assurer que les moyens employés soient strictement nécessaires pour atteindre ses buts ultimes, à savoir l'interpellation d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction pénale »*.

Le doute ou l'hommage de la justice à la vérité

Vilipendée dans sa phase de planification, l'interpellation menée par les effectifs du GIPN se trouve pareillement réprouvée par les juges européens dans ses modalités concrètes d'exécution. En même temps qu'elle constate une divergence de versions se rapportant au déroulement de l'opération policière, la Cour de Strasbourg relève que, par une décision passée en force de chose

Déontologie et sécurité

jugée (V. *supra*), la légitime défense a été reconnue au bénéfice du requérant. Sans être fondamentalement liée par cette décision rendue par un juge national, la Cour de Strasbourg rappelle qu'elle ne peut substituer sa propre version des faits à celle des autorités internes qu'à la condition de disposer de données suffisamment convaincantes. Or, les éléments de preuve communiqués par le gouvernement français se limitent aux seules affirmations des policiers impliqués dans les faits litigieux. Conjugué à l'absence de poursuites pénales pour rébellion ainsi qu'au mode opératoire mis en œuvre pour maîtriser le requérant (percussion au niveau du visage, utilisation de la force jusqu'à la mise au sol, retournement et plaquage sur le ventre au moyen de pressions des genoux et des coudes exercées au niveau du cou, du dos et des jambes, puis menottage dans le dos), ce déficit de preuve conduit la Cour de Strasbourg à conclure à l'unanimité à une violation de l'article 3 CEDH, « *les moyens employés n'étant pas strictement nécessaires pour permettre l'interpellation du requérant et la force physique déployée à son encontre n'ayant pas été rendue telle par son comportement* ».

Droit de l'espace numérique

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

Tracing or not Tracing

(article publié par *La Tribune* le 12 mai 2020)

Du *tracking* au *tracing*, seule une lettre fait apparemment la différence. En vérité le fossé est béant ! D'un côté, un suivi géolocalisé des personnes, une atteinte profonde à la vie privée, de l'autre un souci de concilier liberté et sécurité sanitaire, deux principes à valeur constitutionnelle.

Hier, nous critiquions, à juste titre, l'usage des technologies numériques « à la chinoise » afin de capter, mesurer, évaluer, sanctionner le comportement des citoyens, en soulignant le caractère orwellien d'un tel dispositif, comme s'il s'agissait d'un modèle impossible à transposer dans les vraies démocraties. Aujourd'hui, ce modèle frappe à notre porte.

Le débat sur l'application « StopCovid » divise. La communauté médicale, Académie de médecine et Conseil national de l'ordre des médecins en tête, se montre plutôt favorable à ce dispositif d'accompagnement d'un déconfinement progressif, dès lors qu'il vient compléter un dispositif d'ensemble. Les personnalités politiques ont des opinions partagées, y compris au sein de la majorité. Les spécialistes de la cybersécurité et de la protection des données se répartissent entre un « oui mais ! » (Conseil national de l'informatique et des libertés – CNIL – , Conseil national du numérique) et un « non assurément ! » (Quadrature du Net en particulier). Le sujet est suffisamment délicat pour que le débat à l'Assemblée nationale, prévu le 28 avril 2020, ait été reporté par le Premier ministre. Outre les questions relatives à son efficacité,

Droit de l'espace numérique

« StopCovid » appelle des interrogations sur les modalités de traitement des données à caractère personnel les plus sensibles : les données de santé. Leur traitement est particulièrement encadré par le Règlement général sur la protection des données (RGPD), sans pour autant interdire aux autorités d'agir pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé lorsqu'il s'agit d'assurer la protection contre les menaces transfrontalières graves pesant sur elle.

Il est acquis qu'une telle application, si elle était autorisée, devrait respecter un cahier des charges strict encadré par la CNIL dans son avis du 24 avril 2020. « StopCovid » doit être limité dans le temps et dans sa finalité. Il doit être un « suivi de contacts » et non un suivi des personnes exposées ou diagnostiquées positives au virus. La technologie « Bluetooth », permettant d'évaluer la proximité entre deux ordinateurs (bien qu'elle n'ait pas été conçue pour évaluer des distances) évite de recourir à une technologie de géolocalisation. Utilisée sur la base du volontariat, sans contrepartie aucune positive ou négative, elle devrait minimiser toute identification directe ou indirecte des personnes qui y auraient recours. La technologie ne doit faire remonter au serveur central que les pseudonymes générés par les applications associées aux personnes avec lesquelles un individu infecté a été en contact, et non le pseudonyme de ce dernier.

« StopCovid » est le fruit d'un travail en urgence dans le cadre du « *Pan European Privacy Proximity Tracing* » (PEPP-PT), projet européen de recherche rassemblant plus de 130 scientifiques de haut niveau en provenance de huit pays, dont la France, l'Allemagne et la Suisse, « dont le but principal est de permettre le

Droit de l'espace numérique

développement de solutions de suivi de contacts respectueuses des normes européennes en matière de protection des données, de vie privée et de sécurité, dans le cadre d'une réponse plus globale à la pandémie ». Le protocole est appelé ROBERT (*ROBust and privacy-presERving proximity Tracing*) et se veut respectueux des valeurs européennes. En France, le chef de file est l'Institut national de recherche en sciences et technologies du numérique (INRIA), conseillé par l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) sur le volet de la sécurité numérique. Un consortium s'organise, notamment autour de Capgemini, Dassault Systèmes, Inserm, Lunabee Studio, Orange, Santé Publique France et Withings.

Mais, le 26 avril 2020, l'Allemagne annonce qu'elle quitte le projet européen. Certes, chaque pays est souverain et peut donc choisir ce que bon lui semble, sachant que la santé n'entre pas dans les attributions de l'Union européenne. Il n'empêche que c'est encore un mauvais coup porté à l'unité européenne qui n'en a pas besoin en ce moment !

L'Allemagne se retourne désormais vers Apple et Google qui ont développé une technologie « décentralisée », par opposition à la centralisation-décentralisation qui caractérise ROBERT. Mais est-ce souverain d'abandonner sa souveraineté aux GAFA ? Il est vrai que nous sommes déjà dépendants d'Apple et de Google qui doivent – s'ils le veulent bien – modifier leur système d'exploitation pour permettre le fonctionnement de « StopCovid » sur les OS (*operating systems*) installés sur les ordiphones commercialisés en France et en Europe.

Cédric O, soulignant les difficultés liées à la protection de la vie

Droit de l'espace numérique

privée et en termes d'interconnexion avec le système de santé, écarte les solutions proposées par les géants américains qui ne sauraient se substituer aux États dans la maîtrise du système de santé et la lutte contre le coronavirus.

Les Allemands ont fait un choix (est-il définitif ?) au nom du pragmatisme. Devions-nous les suivre, comme nous invitent à le faire certains éditorialistes, en particulier Jean-François Péresse (*Les Echos*) ? La souveraineté numérique doit-elle attendre, une fois de plus ? La crise n'est-elle pas justement l'occasion de la recouvrer ? N'est-elle pas le moment venu d'offrir « une autre voie, une autre voix » pour l'Europe ? Abandonner, c'est renoncer au développement de technologies européennes, c'est casser l'élan qui rassemble des grandes entreprises, des centres de recherche, des start-ups sur un projet qui, même s'il n'aboutit pas dans sa mise en œuvre, fera progresser une Europe numérique que la Commission appelle de ses vœux dans ses communications du 12 février et du 19 mars 2020.

Au-delà de cette question essentielle de souveraineté se trouve posée celle de la légitimité d'une technologie de « *tracing* ». Tout progrès technologique franchit plusieurs étapes dans la mise en œuvre du processus : sait-on le faire (conceptuellement) ? peut-on le faire (techniquement) ? a-t-on le droit de le faire (juridiquement) ? est-il accepté (socialement) ? L'acceptabilité sociale est, en effet, une condition nécessaire. Mais il faut parfois ajouter une autre étape : celle de la politique, au sens le plus noble du terme. Dans le cas d'espèce, la technologie est au cœur d'un dilemme entre deux principes fondamentaux qui prennent racine dans notre bloc constitutionnel : la liberté et la santé. Peut-on sacrifier l'une au

Droit de l'espace numérique

profit de l'autre ? quel juste équilibre peut-on établir sous la pression d'une opinion publique qui a peur de la mort ? Peut-on choisir le temps court du « sauve comme on peut » au détriment du temps long, celui qui inscrit la liberté dans la durée. La question est certes technique, juridique, sociologique, mais elle est d'abord politique. La politique, c'est l'art de faire des choix, parfois contre la pensée dominante. C'est à cela que l'on reconnaît les hommes d'États qui entrent dans l'Histoire ; c'est en l'oubliant que les hommes et les femmes politiques se transforment en comptables, en gestionnaires de l'instant présent, en expéditeurs des affaires courantes. L'heure est à la décision souveraine. Passée l'heure...

Le 12 mai 2020, auditionné par l'Office d'évaluation des choix scientifiques et techniques, Guillaume Poupard, directeur général de l'ANSSI, a annoncé que l'INRIA travaillait sur un nouveau protocole, DESIRE, qui concilierait les approches « centralisées » et « décentralisées ». Mais, pour l'heure, l'application demeure théorique.

Le recours aux technologies, même encadré par la loi, même contrôlé, opère qu'on le veuille ou non un glissement irréversible (bien que l'application soit supprimée après un délai) qui conduit la société vers un modèle « à la chinoise ». Avant de se lancer dans l'aventure, il convient de vérifier que toutes les autres mesures humaines sont mises en œuvre. Les technologies ne doivent pas être une réponse à nos carences.

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 relative à la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions

Les traitements de données à caractère personnel de nature médicale aux fins de « traçage » portent atteinte à la vie privée mais poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. L'article 11 de la loi renforçant les moyens de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, par l'identification des chaînes de contamination, est globalement conforme à la Constitution mais fait l'objet de deux censures partielles et de trois réserves d'interprétation.

L'article 11 de la loi prévoit que des données à caractère personnel concernant la santé, relatives aux personnes atteintes par le coronavirus et aux personnes ayant été en contact avec elles, peuvent être collectées, traitées et partagées, le cas échéant sans le consentement des personnes intéressées, dans le cadre d'un système d'information créé par décret en Conseil d'État et mis en œuvre par le ministre chargé de la santé. Le dispositif exclut expressément le développement ou le déploiement d'une application informatique à destination du public et disponible sur équipement mobile permettant d'informer les personnes du fait qu'elles ont été à proximité de personnes diagnostiquées positives au Covid-19 (voir *supra* « *tracing or not tracking* »). Le traitement de l'information doit reposer sur deux systèmes : le

Droit de l'espace numérique

fichier du service intégré de dépistage et de prévention (SI-DEP) et le fichier « Contact Covid » de l'assurance maladie. Le Conseil constitutionnel considère qu'une telle collecte porte atteinte à la vie privée mais qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu renforcer les moyens de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, par l'identification des chaînes de contamination. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

L'atteinte à la vie privée n'est pas disproportionnée, car le recours au traitement est encadré :

- Il est créé aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 et pour la durée strictement nécessaire à cet objectif ou, au plus, pour une durée de six mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire. Contribuent à la finalité poursuivie l'identification des personnes infectées, l'identification des personnes présentant un risque d'infection, par la collecte des informations relatives aux contacts des personnes infectées, l'orientation des personnes infectées, et des personnes susceptibles de l'être, la surveillance épidémiologique aux niveaux national et local, ainsi que la recherche sur le virus et les moyens de lutter contre sa propagation. Les deux dernières finalités subordonnent la collecte d'informations à la suppression des nom et prénoms des personnes, de leur numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques et de leur adresse, garantissant ainsi leur anonymisation.
- Les données ne peuvent être conservées à l'issue d'une durée de trois mois après leur collecte.

Droit de l'espace numérique

- Les données sont strictement limitées au statut virologique ou sérologique de la personne à l'égard du virus ainsi qu'à des éléments probants de diagnostic clinique et d'imagerie médicale.
- Les agents des organismes chargés de la collecte n'ont accès qu'aux seules données nécessaires à leur intervention.

Les finalités et restrictions citées *supra* vérifient l'adéquation et la proportionnalité du dispositif.

Toutefois, le Conseil constitutionnel formule trois réserves d'interprétation :

- Sauf à méconnaître le droit au respect de la vie privée, l'anonymisation prévue pour la surveillance épidémiologique et la recherche doit également s'étendre aux coordonnées de contact téléphonique ou électronique des intéressés.
- Le pouvoir réglementaire doit définir des modalités de collecte, de traitement et de partage des informations assurant leur stricte confidentialité et, notamment, l'habilitation spécifique des agents chargés, au sein de chaque organisme, de participer à la mise en œuvre du système d'information ainsi que la traçabilité des accès à ce système d'information.
- Le recours à des sous-traitants, par les organismes concourant au dispositif, implique la responsabilité et le contrôle de ces derniers, en conformité avec les exigences de nécessité et de confidentialité.

Le texte encourt cependant la censure sur un point de fond et un point de forme.

Droit de l'espace numérique

Sur le fond, est contesté le caractère trop extensif de la liste des organismes participant à la mise en place et à l'exploitation d'un traitement excluant le consentement des personnes concernées. Pour les Sages, l'implication de l'Agence nationale de santé publique, des agences régionales de santé, du service de santé des armées, des communautés professionnelles territoriales de santé, des établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, des équipes de soins primaires, des maisons et centres de santé, des services de santé au travail, des médecins prenant en charge les personnes en cause, des pharmaciens, des dispositifs spécifiques d'appui ainsi que des laboratoires et services autorisés à réaliser les examens de biologie ou d'imagerie médicale, ouvre un large champ justifié par la masse des démarches à entreprendre pour organiser la collecte des informations nécessaires à la lutte contre le développement de l'épidémie. Mais le législateur a également inclus les organismes qui assurent l'accompagnement social des intéressés. Or, s'agissant d'un accompagnement social, qui ne relève pas directement de la lutte contre l'épidémie, rien ne justifie que la communication des données à caractère personnel traitées dans le système d'information ne soit pas subordonnée au recueil du consentement des intéressés, formalité qui n'est pas nécessaire s'agissant des organismes médicaux. Dès lors, le Conseil constitutionnel considère que leur présence dans l'énumération établie par la loi méconnaît le droit au respect de la vie privée et est donc contraire à la Constitution.

Sur la forme, le législateur a prévu que le décret d'application de la loi serait pris après avis public conforme de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Or, en vertu de l'article

Droit de l'espace numérique

21 de la Constitution et sous réserve de son article 13, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire à l'échelon national. Ces dispositions n'autorisent pas le législateur à subordonner à l'avis conforme d'une autre autorité de l'État l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire. Dès lors, le mot « conforme » figurant à la première phrase du paragraphe V de l'article 11 est contraire à la Constitution.

Dans cette période de crise d'une particulière gravité, le Conseil constitutionnel tient compte de l'ampleur de la pandémie pour vérifier l'équilibre entre deux principes à valeur constitutionnelle qui peuvent apparaître comme antagonistes : la vie privée et la protection de la santé. Toutefois, il n'abandonne pas pour autant son rôle de censeur, la crise ne faisant pas disparaître l'État de droit.

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

Conseil d'État, Ordonnance du 18 mai 2020, Quadrature du Net, Ligue des Droits de l'Homme

L'emploi de drones pour contrôler l'exécution des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire est constitutif d'un traitement de données à caractère personnel. Il est donc subordonné aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978, sauf à modifier techniquement les appareils afin que les images ne permettent pas d'identifier les personnes.

Droit de l'espace numérique

L'association « La Quadrature du Net » et la Ligue des droits de l'homme ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris de suspendre l'exécution de la décision du préfet de police ayant institué, depuis le 18 mars 2020, un dispositif visant à capturer des images par drones et à les exploiter afin de faire respecter les mesures de confinement. Elles demandent au juge des référés d'enjoindre au préfet de police de cesser immédiatement, à compter du prononcé de l'ordonnance, de capter des images par drones, de les enregistrer, de les transmettre ou de les exploiter, puis de détruire toute image déjà captée dans ce contexte. Par une ordonnance n° 2006861 du 5 mai 2020, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté leur demande en s'appuyant sur les arguments du Préfet de police. Celui-ci a fait valoir *« que les images captées sont prises en utilisant un grand angle et qu'elles ne permettent donc pas l'identification d'un individu. Aucun des éléments de l'instruction ne permet de mettre en cause cette affirmation. Il ne résulte d'aucune des pièces du dossier que les services de la préfecture de police auraient utilisé les drones dans des conditions permettant d'identifier les individus au sol. Lorsqu'ils sont utilisés dans un cadre judiciaire, les appareils sont capables d'identifier les individus, mais tel n'est pas le cas dans le cadre d'emploi choisi depuis le début du confinement. Dans ces conditions, même si la préfecture de police a, par ce dispositif, procédé à la collecte, à l'enregistrement provisoire et à la transmission d'images, elle ne peut être regardée comme ayant procédé à un traitement de données à caractère personnel, au sens des dispositions précitées du règlement (UE) 2016/679, de la directive (UE) 2016/680 et de la loi du 6 janvier 1978. Il n'apparaît pas, dès lors, qu'elle aurait porté*

Droit de l'espace numérique

une atteinte illégale aux libertés fondamentales que sont le droit à la vie privée et le droit à la protection des données personnelles, faute notamment que les traitements en cause aient été autorisés et organisés par un texte de droit interne ».

Le juge des référés du Conseil d'État est saisi par la voie d'appel. La Haute juridiction rappelle que l'état d'urgence sanitaire conduit les différentes autorités compétentes à prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Mais ces mesures qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent. Le droit au respect de la vie privée, qui comprend le droit à la protection des données personnelles et la liberté d'aller et venir, constitue une liberté fondamentale.

Le Conseil d'État étudie la fiche technique de la Direction de l'ordre public et de la circulation (DOPC) de la Préfecture de police, relative aux modalités d'engagement des drones lors de la surveillance du respect du confinement Covid-19 dans Paris, qui a été versée au débat contradictoire ainsi que des éléments échangés au cours de l'audience publique. Il constate que l'unité des moyens aériens de la Préfecture de police a été engagée afin de procéder à une surveillance du respect des mesures de confinement mises en place à compter du 17 mars 2020. Depuis le 18 mars 2020, un drone de la flotte des quinze appareils que compte la Préfecture de police a ainsi été utilisé quotidiennement pour effectuer cette mission de

Droit de l'espace numérique

police administrative. La Préfecture de police continue de recourir à ces mesures de surveillance et de contrôle dans le cadre du plan de déconfinement mis en œuvre à compter du 11 mai 2020. L'ensemble des vols sont réalisés à une hauteur de 80 à 100 mètres de façon à donner une physionomie générale de la zone surveillée, qui est filmée en utilisant un grand angle sans activation du zoom dont est doté chaque appareil. En outre, dans le cadre de cette doctrine d'usage, les drones ne sont plus équipés d'une carte mémoire, de sorte qu'il n'est procédé à aucun enregistrement ni aucune conservation d'image. Un seul drone est utilisé à la fois. Il ne filme pas de manière continue mais seulement deux à trois heures en moyenne par jour. La mise en œuvre de ce dispositif de surveillance repose sur la mobilisation simultanée d'une équipe sur site et de personnels situés au centre d'information et de commandement de la Préfecture de police. La première est composée de trois personnes, le télépilote en charge de manier le drone, un télépilote adjoint et un agent chargé de leur protection. Le télépilote procède au guidage de l'appareil à partir de son propre écran vidéo ou en effectuant un vol à vue afin qu'il accède au site dont l'opérateur a demandé, depuis la salle de commandement, le survol. Lorsque le drone survole le site désigné, le télépilote procède à la retransmission, en temps réel, des images au centre de commandement afin que l'opérateur qui s'y trouve puisse, le cas échéant, décider de la conduite à tenir. Il peut également être décidé de faire usage du haut-parleur dont est doté l'appareil, afin de diffuser des messages à destination des personnes présentes sur le site.

Droit de l'espace numérique

La surveillance par drones n'est pas une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales

Pour le Conseil d'État, le recours à ces mesures de surveillance est seulement destiné à donner aux forces de l'ordre, chargées de faire respecter effectivement les règles de sécurité sanitaire, une physionomie générale de l'affluence sur le territoire parisien en contribuant à détecter, sur des secteurs déterminés, exclusivement situés sur la voie ou dans des espaces publics, les rassemblements de public contraires aux mesures de restriction en vigueur pendant la période de déconfinement. La finalité poursuivie par le dispositif litigieux n'est pas de constater les infractions ou d'identifier leur auteur mais d'informer l'état-major de la Préfecture de police afin que puisse être décidé, en temps utile, le déploiement d'une unité d'intervention sur place, chargée de procéder à la dispersion du rassemblement en cause ou à l'évacuation de lieux fermés au public, afin de faire cesser ou de prévenir le trouble à l'ordre public que constitue la méconnaissance des règles de sécurité sanitaire. Ainsi, pour la haute juridiction, la finalité poursuivie est, en particulier dans les circonstances actuelles, nécessaire pour la sécurité publique. Il est donc légitime. Un usage du dispositif de surveillance par drone effectué conformément à la doctrine d'emploi fixée par la note du 14 mai 2020 n'est pas de nature à porter, par lui-même, une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales.

Mais, poussant plus loin l'examen, le Conseil d'État va prendre une position contraire à celle de la Préfecture de police. Il considère, en

Droit de l'espace numérique

effet, que les images prises par les drones constituent un traitement de données à caractère personnel.

La collecte des images est un traitement de données à caractère personnel

Le Conseil d'État rappelle que la directive sur les données à caractère personnel les définit comme « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable* » et précise qu'est réputée être une « *personne physique identifiable* » « *une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ». Les drones dotés d'un zoom optique peuvent collecter des données identifiantes et sont dépourvus de dispositif technique permettant d'éviter, pour un autre usage, que les personnes soient identifiables. Les données recueillies sont donc des données à caractère personnel. Elles font l'objet d'un traitement qui, comme le précise la directive du 27 avril 2016, est « *toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de*

Droit de l'espace numérique

mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ». Les drones captent, transmettent des images qui sont des données à caractère personnel. Par ce moyen, la Préfecture de police opère un traitement de données à caractère personnel qui relève des dispositions de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Son article 31 impose une autorisation par arrêté du ministre compétent ou par décret, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Compte tenu des risques d'un usage contraire aux règles de protection des données personnelles qu'elle comporte, la mise en œuvre, pour le compte de l'État, de ce traitement de données à caractère personnel sans l'intervention préalable d'un texte réglementaire en autorisant la création et en fixant les modalités d'utilisation devant obligatoirement être respectées ainsi que les garanties dont il doit être entouré, caractérise une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée. Partant, le Conseil d'État ordonne à la Préfecture de police de cesser de procéder aux mesures de surveillance par drone, du respect, à Paris, des règles de sécurité sanitaire applicables à la période de déconfinement tant qu'un texte réglementaire n'aura pas été pris ou que des modifications techniques n'auront pas été apportées aux appareils afin de rendre impossible l'identification des personnes filmées.

Droit de l'espace numérique

Lieutenant Océane GERRIET

Le Conseil d'État déclare conformes des recommandations relatives à l'usage des réseaux sociaux visant à assurer le respect de l'obligation de réserve

Conseil d'État, 25 mars 2020, n° 421149, Publié au recueil Lebon
Conseil d'État, 25 mars 2020, n° 411070, Publié au recueil Lebon

La Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative ayant pour objectif de fixer des bonnes pratiques visant à garantir le respect du devoir de réserve, mais également à prémunir ses utilisateurs des risques des réseaux, ne méconnaît pas la liberté d'expression.

Ces deux arrêts ont trait à la Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative, adoptée le 14 mars 2017 après avis du collège de déontologie de la juridiction administrative. D'une part, un avocat, ancien conseiller d'État honoraire, conteste la légalité de cette Charte, estimant qu'elle méconnaît le principe d'impartialité et le droit au recours effectif et que le vice-président méconnaît sa compétence, notamment en adoptant des dispositions exigeantes relatives aux recommandations quant à l'exercice de la profession d'avocat (CE, 25 mars 2020, n° 411070). D'autre part, par des requêtes introduites en 2018 et 2019, le syndicat de la juridiction administrative conteste les recommandations relatives à l'usage des réseaux sociaux (CE, 25 mars 2020, n° 421149).

Droit de l'espace numérique

Sur la légalité et la portée de la Charte

D'emblée, la juridiction rappelle que **l'article L. 131-4 du Code de justice administrative** donne compétence au vice-président pour établir une telle charte « *énonçant les principes déontologiques et les bonnes pratiques propres à l'exercice des fonctions de membre de la juridiction administrative* », de sorte que le moyen invoqué n'est pas fondé.

En outre, le moyen soulevé relatif à son inconstitutionnalité ne peut être qu'écarté au regard de la [décision rendue par le Conseil constitutionnel le 20 octobre 2017](#) à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle il la déclare conforme à la Constitution. La défense estimait que cette dernière méconnaissait le principe d'impartialité des juridictions et le droit au recours effectif, car c'est le Conseil d'État lui-même qui est chargé de traiter les recours s'y afférant. Ce dernier rappelle qu'il résulte « *d'un principe général de procédure qu'aucun membre d'une juridiction administrative ne peut participer au jugement d'un recours dirigé contre une décision administrative ou juridictionnelle dont il est l'auteur ou à l'élaboration de laquelle il a participé* ». Cela est garanti par l'article L. 131-9 du Code de justice administrative imposant aux magistrats de « s'abstenir de siéger » s'ils s'estiment en situation de « conflit d'intérêts ». Sur ce point, le Conseil constitutionnel précise également que « *quelles que soient les prérogatives du vice-président sur la nomination ou la carrière des membres de la juridiction administrative, les garanties statutaires reconnues à ces derniers (...) assurent leur indépendance à son égard* », de sorte que la Charte ne méconnaît pas le principe d'impartialité et de droit au recours effectif.

Droit de l'espace numérique

Ensuite, le requérant estime que la recommandation selon laquelle les avocats, anciens membres des juridictions, ne peuvent exercer devant leur juridiction pendant 5 ans, voire 10 ans pour les plus hautes fonctions, est excessive, car elle excède la durée d'incompatibilité fixée à 3 ans par la loi du 13 juillet 1983. Cependant, le Conseil État estime que la durée recommandée par la charte n'est pas excessive, car elle vise à « *préserver (...) l'indépendance, l'impartialité et le bon fonctionnement des juridictions administratives* », ainsi qu'à éviter aux magistrats des mises en causes d'ordre déontologique. Sur ce point, il est intéressant de souligner que cette durée de 5 ans est similaire à celle présente dans le [statut](#) de leurs homologues de l'ordre judiciaire mais que cette durée est plus élevée que celle imposée par la Charte des juges de [la Cour européenne des droits de l'Homme](#) (qui fixe un délai de 2 ans). Ainsi, il est permis de s'interroger sur la proportionnalité de la durée de 10 ans imposée pour les plus hautes fonctions. Enfin, s'agissant de la portée de la Charte, les magistrats rappellent qu'elle n'a pas vocation à « *se substituer aux principes et dispositions textuelles, notamment statutaires, régissant l'exercice de leurs fonctions* » mais simplement « *à rappeler les principes et obligations d'ordre déontologique qui leur sont applicables* », tout en préconisant « *des bonnes pratiques propres à en assurer le respect* », « *susceptibles d'être prises en compte* », de sorte que la méconnaissance de ladite charte n'est pas en soi « *constitutive d'un manquement disciplinaire* ». En outre, en étendant l'application de cette charte aux anciens membres des juridictions administratives, le vice-président n'a pas méconnu l'ensemble des dispositions précitées ni commis d'erreur

Droit de l'espace numérique

d'appréciation puisqu'elle ne s'applique que dans des cas précis d'« atteinte à la dignité de leurs anciennes fonctions » ou d'atteinte au « fonctionnement et [à] l'indépendance de la juridiction administrative ».

Sur la légalité de la recommandation relative à l'usage des réseaux sociaux

Une nouvelle fois, les magistrats écartent l'illégalité externe soulevée, rappelant que le vice-président du Conseil d'État a compétence pour adopter une telle recommandation, conformément aux dispositions précitées et que la modification apportée à la Charte a bien été examinée par la commission supérieure du Conseil d'État.

Sur le fond, le syndicat de la juridiction administrative met en cause les paragraphes suivants : « *la plus grande retenue (...) dans l'usage des réseaux sociaux sur Internet lorsque l'accès à ces réseaux n'est pas exclusivement réservé à un cercle privé aux accès protégés* » ; « *dans tous les cas, il convient de s'abstenir de prendre part à toute polémique qui, eu égard à son objet ou à son caractère, serait de nature à rejaillir sur l'institution* » ; « *s'agissant de l'actualité juridique et administrative, il convient pour les membres de la juridiction administrative de faire preuve non pas seulement de modération dans les propos qu'ils sont conduits à tenir sur les réseaux sociaux, mais d'une vigilance équivalente à celle qu'impliquerait leur publication dans une revue scientifique* ». Dans un premier temps, le Conseil d'État rappelle que les magistrats sont tenus au devoir de réserve qui vise notamment à « *éviter (...) la diffusion de (...) propos*

Droit de l'espace numérique

[portant] atteinte à la nature et à la dignité des fonctions qu'ils exercent ». Cette restriction à la liberté d'expression est communément admise à l'égard des agents publics^{1/2}, y compris à l'égard des magistrats³. Elle est donc conforme à l'article 11 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme^{4/5}. Dans un second temps, si les correspondances privées relèvent de la vie privée et échappent au disciplinaire, le Conseil d'État rappelle que l'utilisateur doit au préalable « *correctement paramétrer [son] compte afin d'en contrôler l'accessibilité et de s'assurer du nombre restreint et de la fiabilité des contacts* ». Sur ce point, il est intéressant de souligner qu'il est dans la continuité de la jurisprudence judiciaire⁶ (bien que cette notion de « nombre restreint » soit débattue, car fluctuante⁷). Un bon paramétrage de compte permet ainsi à l'utilisateur d'être relativement protégé. Toutefois, il est vrai que la charte de déontologie va plus loin, allant jusqu'à conseiller de ne pas « *mentionner leur qualité de magistrat* » sur les réseaux. Cette recommandation ne vise pas à interdire mais à avertir qu'à partir du moment où l'utilisateur en fait usage, il

1. CE, 11 janvier 1935, Bouzanquet.

2. CE, 28 juillet 1993, requête n° 97189.

3. Article L. 231-1 du Code de justice administrative : « *les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont des magistrats dont le statut est régi (...) pour autant qu'elles n'y sont pas contraires, par les dispositions statutaires de la fonction publique de l'État* ».

4. CEDH, 15 sept 2009, *Mattely /France*, n° 303330/04 ou encore CEDH, 9 janvier 2018, *Catalan c. Roumanie*, n° 13003/04.

5. (S'agissant des magistrats) CEDH, 28 octobre 1999, *Wille c. Liechtenstein*.

6. Civ. 1ère, 10 avril 2013, n° 11-19530.

7. Les forces régaliennes à l'épreuve des réseaux sociaux, in DALLOZ IT/IP 10/2019.

Droit de l'espace numérique

s'expose mais expose également l'institution qu'il représente, comme l'illustre la sanction prononcée à l'encontre d'un officier qui utilisait un pseudonyme tout en se prévalant de sa qualité d'ancien de l'école spéciale militaire de Saint-Cyr et de l'école des officiers de la gendarmerie nationale⁸. En effet, il est très aisé, grâce à Internet, de réaliser des recoupements d'informations pour identifier un utilisateur de réseau social. En ce sens, le Conseil d'État souligne donc qu'il s'agit de « *recommandations de prudence* », de « *bonnes pratiques* » visant à « *garantir le respect de l'obligation de réserve sur les réseaux sociaux* » et à « *prémunir* » les utilisateurs contre les risques. Par ailleurs, le manquement à ces recommandations ne peut constituer en lui-même un manquement disciplinaire. Par conséquent, elles ne portent pas atteinte à la liberté d'expression des membres de la juridiction administrative. Pour aller plus loin, oserions-nous dire que ce type de recommandations est salutaire ?! Nombre d'agents, utilisateurs des réseaux sociaux, s'interrogent sans cesse sur les limites de leur liberté d'expression et pensent, à tort, être protégés par l'usage d'un pseudonyme. Si la jurisprudence administrative et judiciaire pose des jalons, ils ne sont pas exhaustifs. Il convient de constater que cette Charte en reprend les grands principes, permettant d'appréhender les contours de ce devoir de réserve⁹ : la qualité de l'auteur (fonction, niveau dans la hiérarchie), la nature des propos (sujets polémiques, politiques, etc.) et leur accessibilité (compte privé ou public, mention de sa qualité ou non). Cette Charte a donc

8. Le devoir de réserve à l'ère des réseaux sociaux, [Veille juridique n° 70](#), CREOGN, septembre 2018, p. 35-41.

9. *op.cit.* note 5.

Droit de l'espace numérique

le mérite de préciser les bonnes pratiques en rappelant également le fonctionnement intrinsèque des réseaux sociaux qui exposent, parfois contre leur gré ou par méconnaissance, ses utilisateurs. À titre d'exemple, elle rappelle que le pseudonyme n'est pas synonyme d'anonymat et appelle à la vigilance sur son utilisation (§47.3). À titre d'illustration supplémentaire, elle rappelle que les conditions « *d'archivage* » des données ou les mécanismes de recherche des réseaux sociaux permettent parfois de rendre publiques des « *relations personnelles ou des opinions privées* », ce qui serait susceptible de faire naître un doute sur l'impartialité du magistrat (§47). Enfin, elle rappelle également qu'aujourd'hui, les gens n'hésitent pas à retranscrire ou diffuser des extraits de « *cours* », de « *conférences* » ou d'« *auditions* » auxquels peuvent participer les magistrats administratifs et qu'à ce titre, ils doivent également être vigilants.

Dès lors, cette Charte se veut véritablement pédagogique et protectrice des utilisateurs, comme le souligne le Conseil d'État en affirmant qu'elle ne peut servir de fondement à une sanction disciplinaire mais qu'elle vise « *à prémunir [ses membres] contre le risque que des propos publiés (...) reçoivent une diffusion excédant celle (...) envisagée* » et les exposer à un manquement. À l'instar des magistrats, le ministère de la Défense a publié un guide du bon usage des réseaux sociaux, tout comme le ministère de l'Intérieur¹⁰, en articulant également sa démonstration sur la compréhension des risques et les outils pour naviguer en toute sécurité. Pour les gendarmes, il existe un [guide du bon usage des](#)

¹⁰. Téléchargeable uniquement sur l'Intranet.

Droit de l'espace numérique

[médias sociaux](#) mais qui s'adresse principalement aux *community manager* des unités. Peut-être que [la charte du gendarme](#) pourrait faire l'objet d'une mise à jour ? En tout état de cause, il n'est pas nié que l'expression des agents publics sur les réseaux sociaux doit être encadrée au regard de l'exigence de leur statut. À ce titre, ces initiatives institutionnelles participent à la compréhension et à l'appréhension des médias sociaux. Ces guides ou chartes ne suffisent toutefois pas. Il suffit de constater quelques propos ou vidéos diffusés ici et là sur Twitter, TikTok, Snapchat, etc¹¹. Il faut reconnaître que depuis la « génération Z », Internet et les réseaux sociaux constituent une extension du monde réel. La frontière entre le public et le privé se trouve réduite et beaucoup oublient souvent la portée de ce qu'ils diffusent ou écrivent sur les réseaux, parfois même sans avoir la volonté de nuire ou la conscience qu'ils se mettent en danger, eux ou leur famille, en diffusant des photos, des vidéos, des tracés de course à pieds, etc. Ainsi, il est permis de penser qu'il faut renforcer la pédagogie en la matière en formation initiale mais également en formation continue, en incluant un module spécifique appréhendant, par exemple, les médias sociaux, tant d'un point de vue sociologique que technologique, juridique et éthique. En effet, les nouvelles technologies évoluent chaque jour (ou presque), tout comme les usages des médias sociaux (après tout, Facebook n'est-il pas déjà dépassé ?). À chaque échelon de la hiérarchie, à tout poste, chacun doit désormais avoir conscience de

11. À titre d'exemple : des photos et vidéos d'agents en tenue (ou dans les locaux de service) dénudés ou en train d'avoir des relations sexuelles, des vidéos d'agents sur leur temps personnel mais ivres et en tenue, des vidéos de militaires en train de jouer avec leur armement et de mettre en joue des camarades, des échanges dont certains propos sont polémiques, etc.

Droit de l'espace numérique

cette nouvelle agora qui fait partie du quotidien de nos agents, de nos militaires, mais également de nos administrés ou « clients ». Les réseaux sociaux font partie notre vie et des nouveaux modes d'expression et, à ce titre, les administrations et les agents ne peuvent y échapper. Il importe donc de s'y confronter, d'en tirer le meilleur tout en se prémunissant contre le pire.

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

**URGENCE SANITAIRE – RESPONSABILITÉ PÉNALE
DES DÉCIDEURS PUBLICS ET PRIVÉS**

Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions et Décision du Conseil constitutionnel n° 2020-800 DC du 11 mai 2020

La loi d'urgence sanitaire adoptée le 11 mai 2020 a pour objet de continuer les mesures prises par la loi du 23 mars 2020 afin de lutter contre la propagation du Coronavirus 19 et d'autoriser des mesures exceptionnelles. Ce dispositif exceptionnel prolonge l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 et permet au Gouvernement d'adopter une série d'ordonnances. Elle constitue le fondement en droit interne de la gestion de la crise de la pandémie, mais ne se confond pas avec l'urgence de santé mondiale qui a été déclarée par l'Organisation Mondiale de la Santé le 30 janvier 2020. S'accompagnant d'une décision du Conseil constitutionnel, de décrets et d'arrêtés d'application, elle est entrée en vigueur immédiatement, sauf pour les dispositions déclarées inconstitutionnelles ou s'accompagnant de réserves d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel. Les mesures de droit pénal ont été globalement validées, mais l'une retient l'attention en particulier, car elle a déclenché une intense polémique juridique et médiatique. L'engagement de la responsabilité pénale des élus locaux et employeurs chargés de la mise en œuvre de la politique de sécurité sanitaire dans le contexte du déconfinement suscite des inquiétudes et des questions

Actualité pénale

juridiques intéressantes.

L'article 1^{er} de la loi introduit un article supplémentaire dans le Code de la santé publique. L'article L 3136-2 CSP dispose : « L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur » et a déclenché une intense polémique parlementaire et médiatique. Pour la comprendre, il convient de rappeler la structure de l'article 121-3 du Code pénal qui définit l'élément moral des infractions.

I. Le droit commun de la responsabilité pénale des décideurs

La structure de l'article 121-3 est aussi importante que son contenu car elle témoigne de la construction progressive du droit positif et en illustre fidèlement la philosophie.

A. Le dispositif prévu par le Code pénal

Si les crimes et les délits sont, en principe, intentionnels, selon le premier alinéa, les délits peuvent faire l'objet d'une exception, selon les alinéas 2, 3 et 4. La faute non intentionnelle ne permet la caractérisation d'un délit que lorsqu'elle est expressément prévue par la loi. Le dispositif distingue deux hypothèses. En cas de causalité directe, une faute simple, définie comme une imprudence, une négligence ou la violation d'une obligation de prudence ou de

Actualité pénale

sécurité prévue par la loi ou le règlement, suffit. En revanche, en cas de causalité indirecte, l'alinéa 4 de l'article 121-3, introduit par la loi du 10 juillet 2000, requiert une faute qualifiée. En exigeant un degré de gravité supérieure de ces fautes, le législateur a voulu permettre aux auteurs indirects « de poussières de fautes » d'échapper à la responsabilité pénale. La loi du 10 juillet 2000 a été conçue comme une loi de dépénalisation permettant aux responsables indirects d'échapper à la responsabilité pénale dans certaines hypothèses. Néanmoins, la polémique de 2020 ne peut être comprise qu'en remontant aux sources du dispositif de l'article 121-3.

Le Code pénal de 1992 a été adopté en contenant des dispositions génériques permettant d'engager la responsabilité pénale en cas de délits non intentionnels, sans un régime particulièrement adapté à l'engagement de la responsabilité des décideurs, qu'ils soient économiques (les chefs d'entreprise) ou politiques (les élus, plus particulièrement les élus locaux). Si la jurisprudence s'est montrée sévère avec les chefs d'entreprise depuis 1992, l'application de cette même rigueur aux responsables politiques est plus novatrice. En particulier, la responsabilité étant engagée par l'infraction commise par une personne soumise à leur autorité, les décideurs se trouvent soumis à un développement de leur responsabilité pénale. Pèse sur eux l'obligation de mettre en place les conditions légales et réglementaires permettant d'éviter la commission de toute infraction. Dès lors, en cas de dommage, il est possible de constater une faute non intentionnelle dans la mise en œuvre des conditions de sécurité, car il semble évident que les mesures attendues et suffisantes n'ont pas été prises. Leur

Actualité pénale

responsabilité pénale peut être ainsi engagée – elle est personnelle (l'obligation pèse sur eux personnellement), mais indirecte (ils n'ont pas matériellement commis l'infraction).

Dans ce contexte, la caractérisation de l'infraction et l'engagement de leur responsabilité pénale deviennent quasi automatiques. Les présomptions irréfragables étant interdites en droit pénal, car incompatibles avec la présomption d'innocence, il convient de leur permettre de s'exonérer de leur responsabilité. Si l'infraction est constituée par la transposition insuffisante des obligations légales, la jurisprudence leur permet de s'exonérer de la responsabilité pénale en prouvant une délégation de pouvoir. Cela n'équivaut pas à une absence de responsabilité pénale, puisque la responsabilité se trouve transférée sur les épaules du délégataire, mais le mécanisme prouve que ce type de responsabilité n'est pas automatique et irréfragable mais laisse une possibilité de la combattre. Même si cette possibilité est très étroite, elle est néanmoins suffisante pour la rendre compatible avec l'article 121-1 du Code pénal, article posant le principe selon lequel nul n'est responsable qu'en raison de son propre fait. Cependant, les juges font traditionnellement preuve d'une extrême sévérité dans l'application de l'article 121-3 du Code pénal à l'égard des responsables politiques et économiques qui voient systématiquement leur responsabilité pénale retenue. Cela s'explique par le fait que le texte ne précise pas le mode d'appréciation des fautes non intentionnelles. Or, plus encore que la définition de la faute, c'est le mode d'appréciation retenu qui est essentiel et qui permet d'engager la responsabilité pénale.

Actualité pénale

B. Le mode d'appréciation *in concreto* privilégié

Les juges peuvent classiquement appliquer deux modes d'appréciation juridique. La faute non intentionnelle peut être appréciée *in abstracto*, mode d'appréciation retenu par les juges au lendemain de la réforme du Code pénal. Dans ce cas, le décideur voit son comportement jugé à l'aune d'une norme idéale de conduite. Présument de sa compétence, de sa connaissance et de sa maîtrise des normes, il lui devient impossible d'échapper à la qualification pénale et, par voie de conséquence, à sa responsabilité. En réaction à la sévérité de cette solution, la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence a modifié la structure même de l'article 121-3. Selon cette loi, le nouvel alinéa 3 définit la faute non intentionnelle, mais exige de la considérer si l'auteur « a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Ainsi, le législateur impose au juge d'adopter un mode d'appréciation *in concreto*. La personne ne peut être sanctionnée que si le juge a évalué finement qu'elle a commis une faute alors qu'elle pouvait agir autrement. Et pour le déterminer, le juge prend en compte la compétence (la maîtrise intellectuelle et technique de la situation), l'autorité (l'autonomie à l'égard de sa hiérarchie, ainsi que la capacité à donner des ordres et à adopter des sanctions à l'égard des personnes placées sous ses ordres) et les moyens (de toute nature, qu'ils soient matériels, financiers, humains, etc.). La très grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence considère que cette loi impose un mode d'appréciation *in concreto*, puisque la loi

Actualité pénale

renvoie à « ses » compétences et moyens et à son autorité. Une petite partie d'auteurs estime, tout de même, que l'appréciation est toujours *in abstracto*, puisque la loi fait référence à ses « mission et fonctions ». Néanmoins, il peut être opposé que la loi tient compte de la situation concrète de fait, puisque les paramètres personnels sont pris en compte. L'appréciation *in concreto* l'a emporté dans la jurisprudence. Cependant, cela n'a pas suffi pour arrêter la sévérité croissante des juges. C'est la raison pour laquelle le législateur est intervenu une nouvelle fois.

La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a apporté une nouvelle modification à l'article 121-3 du Code pénal. Elle a introduit l'alinéa 4 qui distingue l'hypothèse de la causalité indirecte. L'auteur indirect est strictement défini et le dispositif vise exclusivement les personnes physiques. Ces dernières peuvent commettre, soit une faute de commission, « *qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage* », soit une faute d'omission, « *ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* ». La loi de 2000 est une loi plus douce, car les auteurs indirects n'engagent leur responsabilité pénale que lorsqu'ils commettent une faute qualifiée, donc plus lourde que la faute simple, suffisante dans le cadre de la causalité directe. Deux types de faute qualifiée sont prévus par la loi. D'une part, la faute délibérée est constituée par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. D'autre part, la faute caractérisée repose sur l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité que la personne ne pouvait ignorer. Si les fautes sont strictement définies, le législateur n'a pas

Actualité pénale

arrêté de mode d'appréciation juridique. La jurisprudence a cependant privilégié une appréciation *in concreto* calquée sur le modèle d'appréciation juridique imposé à la faute simple par l'alinéa 3.

Malgré les modifications rapprochées réalisées par les lois de 1996 et 2000, de nombreuses questions continuent de se poser. Elles affectent autant la définition ou l'appréciation de la faute non intentionnelle que le lien de causalité. Par exemple, la définition de la faute délibérée, restrictive du point de vue de sa source puisqu'elle doit nécessairement émaner de la loi ou du règlement, a fait l'objet de tentatives d'extension afin de l'élargir à d'autres sources, les circulaires ou les règlements intérieurs, en la rapprochant de la faute de mise en danger prévue à l'article 223-1 du Code pénal (proposition de loi relative à la délinquance d'imprudence et à une modification des dispositions de l'article 223-1 du Code pénal instituant le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui », présentée par MM. Pierre Fauchon, François Zocchetto et Jean-René Lecerf le 11 janvier 2012 au Sénat). Mais si les réformes et les commentaires se focalisent souvent sur la faute, il convient de rappeler que la qualification pénale exige l'établissement d'un lien de causalité entre le dommage et la faute, qui constitue non seulement une condition *sine qua non* mais aussi un pré-requis.

C. La certitude du lien de causalité

Le dispositif mis en place par la loi du 10 juillet 2000 repose sur le critère du lien de causalité qui permet de distinguer les fautes

Actualité pénale

exigées dans le cadre de la qualification pénale. La causalité directe se contente d'une faute simple, alors que la causalité indirecte exige une faute qualifiée. Le dispositif légal suscite essentiellement deux difficultés. La deuxième concerne l'absence de définition de la causalité directe, mais n'est pas affectée par l'actualité de la crise, donc peut être écartée. En revanche, la première difficulté tient au postulat de départ, qui n'est pas affirmé par le texte, mais reste valable.

Avant même de déterminer la nature du lien de causalité, directe ou indirecte, il convient de s'assurer de sa certitude. En effet, le lien de causalité doit être certain, nul ne peut être condamné sur le fondement de simples probabilités ou possibilités. La philosophie même de la procédure pénale exige que le doute profite à la personne poursuivie. Ainsi, la vérification de la certitude du lien de causalité devient la première étape de la qualification délictuelle. Si la certitude est entendue largement par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui se contente de la démonstration d'une continuité, qui doit être à la fois juridique et logique, elle n'a pas une assise illimitée. Ses limites se manifestent plus particulièrement dans les hypothèses d'accident technique, scientifique, médical, etc. L'arrêt de la Chambre criminelle du 20 novembre 2012 (n° 11-87.531, Bull. n° 251) refuse de caractériser les délits d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne ou d'homicide involontaire car « *il est, en l'état des connaissances scientifiques actuelles, impossible d'établir un lien de causalité certain entre les pathologies constatées et les retombées du panache radioactif de Tchernobyl* » (impossibilité d'établir la dose d'iode ingérée par chaque malade à la suite du passage du nuage radioactif causé par l'explosion de la centrale nucléaire soviétique

Actualité pénale

afin de tracer un lien de causalité entre les maladies de la thyroïde et les cancers subis par certaines personnes).

Cependant, il ne faut pas pour autant en conclure que les domaines scientifiques et médicaux mettent à l'abri de la responsabilité pénale. Dans son arrêt emblématique du 19 avril 2017 (n° 16-80695, Bull. n° 107) relatif à l'amiante, la Chambre criminelle montre que l'évaluation du risque est compatible avec la certitude en se fondant sur les acquis de la science au moment des faits : *« alors que le risque de dommage auquel était exposé la victime doit être certain sans qu'il soit nécessaire que ce risque se soit réalisé de manière effective, en l'état des données de la science disponibles bien avant le temps de la prévention, le degré de probabilité de développer un cancer du poumon ou un cancer de la plèvre dans les 30 à 40 ans de l'inhalation de poussières d'amiante est certain, sans qu'il n'y ait ni effet de seuil, en deçà duquel il n'existerait aucun risque ni traitement curatif efficace ».*

Le déconfinement progressif mis en place à partir du 11 mai 2020 fait peser sur les autorités locales, en lien avec le préfet, et sur les employeurs, la mise en place des dispositifs de protection et prévention en vue d'éviter la propagation du virus et la contamination des personnes placées sous leur autorité. Dès lors, en application des textes et de la jurisprudence pénale sévère, les décideurs politiques locaux et économiques se trouvaient soumis à une menace de responsabilité pénale accrue.

Actualité pénale

II. Une modification symbolique soumise aux principes généraux du droit pénal

Toute nouvelle contamination peut se trouver imputée à une faute dans la mise en place des nouvelles règles sanitaires. C'est la raison pour laquelle le Parlement s'est préoccupé de la modification ou de la précision des règles d'engagement de la responsabilité pénale des décideurs publics et privés dans le cadre de la crise sanitaire.

A. Hésitations entre technique juridique et politique criminelle

La commission des lois du Sénat, à l'initiative de son président, le sénateur Philippe Bas, a proposé un amendement « *nul ne peut voir sa responsabilité pénale engagée du fait d'avoir, pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire, soit exposé autrui à un risque de contamination par le coronavirus SARS-CoV-2, soit causé ou contribué à causer une telle contamination, à moins que les faits n'aient été commis soit intentionnellement, soit par imprudence ou négligence dans l'exercice des pouvoirs de police administrative spéciale attribués aux autorités de l'État au titre de l'état d'urgence sanitaire, soit en violation manifestement délibérée d'une mesure de police administrative prise à ce titre ou d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ». Cette disposition est inspirée par le fait que « *seules les autorités étatiques, en effet, grâce à l'expertise scientifique mise à leur disposition, sont en mesure d'apprécier pleinement le risque épidémique et de prendre les mesures réglementaires ou individuelles qui s'imposent pour l'endiguer. Il appartient aux autres*

Actualité pénale

personnes physiques et morales de se conformer aux mesures ainsi édictées, mais l'on ne saurait exiger d'elles davantage. Alors que le déconfinement de la population, la réouverture de certains services publics, la reprise de la plupart des activités économiques sont annoncés, il ne serait ni opportun ni équitable de faire peser un risque de condamnation pénale sur les élus, gestionnaires, chefs d'entreprise qui agiraient en conséquence tout en se pliant strictement aux mesures de police qui resteront en vigueur ainsi qu'aux règles particulières de prudence ou de sécurité, par exemple celles relatives à la santé au travail ». Son souci est de ne pas bloquer totalement le déconfinement en application du principe de précaution qui a prévalu pendant la période de confinement l'ayant précédé. Cependant, la formule appelle plusieurs observations.

D'une part, si les infractions volontaires sont exclues de la modification, les infractions involontaires voient leur régime juridique éclaté. Les liens de causalité directe et indirecte sont également visés (les personnes qui ont « causé ou contribué à causer »), mais la hiérarchie des fautes semble modifiée.

D'autre part, la faute simple d'imprudence ou de négligence dans « l'exercice des pouvoirs de police administrative prévus au chapitre I^{er} bis du titre III du livre I^{er} de la troisième partie du code de la santé publique » semble avoir absorbé le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement qui est exactement l'hypothèse visée par le texte.

Enfin, le texte ne limite pas le dispositif aux élus locaux, mais le généralise, permettant son application aux autres élus ou autorités publiques, ainsi qu'aux décideurs privés, donc aux employeurs. Cependant, son application est limitée dans le temps puisqu'il vise exclusivement la période de l'urgence sanitaire et ne peut

Actualité pénale

s'étendre à des faits antérieurs.

Le dispositif est novateur mais manque de précision, car son articulation avec l'article 121-3 du Code pénal est difficile. Certains auteurs ont pu le considérer comme une tentative d'amnistie par avance constituant une initiative sans précédent en droit français.

Le garde des Sceaux a exprimé l'opposition du Gouvernement à l'adoption de cet amendement qui met en péril l'équilibre de la loi du 10 juillet 2000 en faisant valoir trois arguments. Le premier insiste sur le fait que la nouvelle rédaction semble supprimer la faute caractérisée des fautes non intentionnelles susceptibles de conduire à une qualification pénale. Le deuxième porte sur le risque de rupture d'égalité de tous les citoyens devant la loi pénale puisque deux personnes ayant adopté le même comportement ne se verraient pas appliquer les mêmes règles, selon qu'ils ont agi avant ou après le déclenchement de l'urgence sanitaire. Le troisième argument critique la distinction proposée entre les responsables de la police administrative, les préfets essentiellement, et les autres acteurs publics agissant dans le cadre de cette police puisque « *le dispositif de la commission, tel qu'il est formulé, donne l'impression que le premier pourra être poursuivi pour imprudence ou négligence, alors que le second ne pourra l'être qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une mesure de police administrative* ». Cela conduit à déterminer la faute et son éventuelle qualification pénale en fonction du niveau de responsabilité et des fonctions de la personne et non plus en fonction de son comportement. Cependant, le Sénat a adopté ce dispositif.

Actualité pénale

L'analyse juridique de l'Assemblée nationale diffère, car la commission des lois souligne que, malgré le contexte exceptionnel de l'urgence sanitaire, il n'est pas possible d'atténuer ou d'exonérer la responsabilité pénale des décideurs publics ou privés, mais « *de préciser les circonstances que le juge peut être amené à prendre en compte pour apprécier in concreto la responsabilité des décideurs publics et privés* ». L'article 121-3 du Code pénal se trouve complété par un avant-dernier alinéa prévoyant que « *pour l'application des troisième et quatrième alinéas, il est tenu compte, en cas de catastrophe sanitaire, de l'état des connaissances scientifiques au moment des faits* ». L'Assemblée nationale propose une disposition interprétative puisqu'elle se borne à rappeler une consigne d'interprétation *in concreto* qui, de surcroît, est déjà appliquée par la Cour de cassation. Il convient de juger le comportement d'une personne à l'aune des connaissances existant au moment des faits et pas des connaissances postérieures qui peuvent modifier l'appréhension technique, scientifique, médicale et, par voie de conséquence, juridique d'une situation. Cependant, dans un contexte politique polémique, avec l'irruption des scientifiques et médecins dans les cercles du pouvoir, pouvait se poser légitimement la question de la modification du droit commun, incarné par l'article 121-3 du Code pénal, dans un contexte de crise, ce qui privilégie des modifications dérogatoires, urgentes, provisoires.

B. Une solution classique adaptée à l'actualité

La commission mixte paritaire a trouvé une solution de compromis

Actualité pénale

et proposé une nouvelle rédaction, inspirée, à la fois, de la philosophie du dispositif sénatorial et de la technique juridique préconisée par l'amendement retenu par les députés. Partant de la disposition interprétative introduite par l'Assemblée nationale au sein de l'article 121-3 du Code pénal, le sénateur Philippe Bas a proposé de l'inscrire au sein du Code de la santé publique en demandant au juge de tenir compte d'un certain nombre de paramètres, mais en distinguant entre les autorités administratives et les élus locaux et employeurs. *« Il faut donc bien distinguer ceux qui, dans leur fonction, disposent des informations, ceux qui disposent des moyens matériels et ceux qui n'ont ni les mêmes capacités d'appréciation ni les mêmes moyens matériels. »* Cela permet d'adapter l'article 121-3 et la faute non intentionnelle au contexte particulier de la crise sanitaire en l'appréciant par rapport *« aux circonstances et réalités »*. La rapporteure pour l'Assemblée nationale, Madame Marie Guévenoux, était opposée à la distinction entre les décideurs publics au titre de leurs fonctions et souhaitait une appréciation fondée exclusivement sur les moyens à leur disposition. Si les discussions en commission paritaire ont été vives, le sénateur Alain Richard a proposé *« de fonder la responsabilité pénale sur les compétences, le pouvoir et les moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que sur la nature de ses missions et de ses fonctions »* pour mettre d'accord toutes les parties. Cette proposition a trouvé les faveurs nécessaires à son adoption, car elle répond aux besoins spécifiques de l'urgence sanitaire sans créer un régime spécifique, mais elle a fait le choix de ne pas se pencher précisément sur la responsabilité pénale des personnes morales,

Actualité pénale

renvoyant au droit commun applicable en la matière. Ainsi, le texte présenté a été adopté et est devenu l'article L 3136-2 du Code de la santé publique qui dispose « *L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur* ». Il s'agit d'une disposition interprétative imposant aux juges d'appliquer une appréciation *in concreto* de la faute non intentionnelle dans le cadre de la crise sanitaire. Plus qu'une véritable réforme, c'est un geste symbolique d'apaisement qui est destiné essentiellement aux décideurs publics et privés.

En premier lieu, il est destiné aux maires qui se trouvent en première ligne de la décision et de la gestion de la crise sanitaire, alors que certains ont été confirmés ou prolongés dans leurs fonctions dans un contexte difficile (organisation du premier tour des élections municipales sans second tour). Il convient de mentionner que l'article L 2123-34 du Code général des collectivités territoriales, dans son premier alinéa, précise le régime juridique des maires : « *sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, le maire ou un élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation ne peut être condamné sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de ses fonctions que s'il est établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie* ». Ensuite, sont aussi touchés par ce texte les employeurs qui sont durement éprouvés par la crise sanitaire, économique et sociale en

Actualité pénale

cours. La modification est clairement circonscrite au contexte de l'état d'urgence sanitaire et se trouve ainsi limitée *ratione materiae* (renvoi textuel à l'état d'urgence sanitaire) et *ratione temporis* (pendant cet état).

Malgré le consensus dégagé au sein de la commission mixte paritaire et des chambres du Parlement lors de l'adoption du texte, le Conseil constitutionnel a été saisi par le Président de la République, le Président du Sénat, un groupe de députés et un groupe de sénateurs.

Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, de conformité partielle. Les dispositions de l'article L 3136-2 CSP étaient critiquées comme étant, d'une part, contraires au principe constitutionnel d'égalité devant la loi pénale en ce « *qu'elles pourraient avoir pour effet d'exonérer certains "décideurs" de toute responsabilité pénale* » et, d'autre part, « *entachées d'incompétence négative dans la mesure où elles seraient imprécises quant aux faits auxquels elles sont susceptibles de s'appliquer et quant à la nature des moyens à la disposition de l'auteur des faits devant être pris en compte pour apprécier sa responsabilité* ». Selon l'article 34 de la Constitution, seul le législateur peut fixer le domaine d'application de la loi pénale et, plus particulièrement, définir les crimes et les délits. À ce titre, il ne peut déléguer sa compétence à d'autres personnes.

Le Conseil constitutionnel a rejeté les deux griefs. D'une part, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Néanmoins, les conseillers rappellent que « *ce principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à*

Actualité pénale

ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente ». D'autre part, l'article L 3136-2 CSP renvoie lui-même à l'article 121-3 du Code pénal, ce qui permet de constater que « les dispositions contestées ne diffèrent donc pas de celles de droit commun et s'appliquent de la même manière à toute personne ayant commis un fait susceptible de constituer une faute pénale non intentionnelle dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire ». Dans la mesure où elles ne contreviennent à aucune autre exigence constitutionnelle, elles sont déclarées conformes à la Constitution. Cependant, la disposition adoptée permet de formuler un certain nombre d'observations.

D'une part, la disposition a une portée symbolique et ne bouleverse pas l'ordre juridique. Les juges appliquent la méthode d'appréciation *in concreto*, pour toutes les fautes non intentionnelles, simples ou qualifiées. Si la loi du 11 mai 2020 va plus loin que l'article 121-3 du Code pénal qui impose formellement ce mode d'appréciation uniquement aux fautes simples, il est conforme à l'interprétation faite par la Cour de cassation, donc au droit appliqué. Les critères retenus par la loi de 2020 sont identiques à ceux imposés par le Code pénal puisqu'il convient de prendre en compte les paramètres fonctionnels (missions et fonctions) et circonstanciels (compétences, pouvoirs, moyens). D'autre part, la disposition ne trouve pas un champ d'application général illimité. L'article L 3136-2 CSP vise formellement « les autorités locales et les employeurs » qui sont les principaux bénéficiaires désignés et recherchés de cette loi, ainsi qu'en

Actualité pénale

attestent les travaux parlementaires. Mais son bénéfice ne saurait s'y réduire puisque le dispositif vise « *l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur* ». Il peut donc bénéficier à d'autres personnes, comme les responsables d'établissements médicaux, sociaux, hospitaliers, mais la question principale se pose de son application aux autorités politiques ayant le pouvoir de décision dans la politique de crise mise en œuvre. Dès le début, le Parlement a déclaré vouloir exclure de la loi les autorités nationales en charge de la crise. Le dispositif adopté par la loi de 2020 vise donc exclusivement les autorités chargées de l'exécution et de la mise en œuvre des mesures adoptées dans le cadre de la crise et ne saurait s'appliquer aux autorités chargées de la décision politique. Cela permet d'éteindre la polémique sur une éventuelle tentative d'amnistie du Gouvernement ou des responsables politiques.

C. D'autres dispositions pénales

La loi du 11 mai 2020 a adopté un certain nombre d'autres mesures relatives au droit pénal et à la procédure pénale.

Le déconfinement s'est accompagné d'obligations et interdictions spécifiques, mais reprenant le modèle utilisé pendant le confinement. Si les déplacements sont autorisés, ils sont limités dans l'espace ou dans le temps. Sur le fondement de l'article L 3131-15 CSP, modifié par la loi du 11 mai 2020, il est possible de réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage. Le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à

Actualité pénale

l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire prescrit que tout déplacement de personne la conduisant à la fois à sortir d'un périmètre défini par un rayon de 100 kilomètres de son lieu de résidence et à sortir du département dans lequel ce dernier est situé, est interdit, à l'exception des déplacements pour des motifs professionnels, administratifs, familiaux et de santé. Des dispositions spécifiques sont adoptées pour la mobilité, qu'elle concerne le transport maritime, aérien ou automobile, restreignant l'accès et imposant le port du masque. Un dispositif original est mis en place en Île-de-France où les déplacements sont programmés selon des horaires spécifiques pour fluidifier et désengorger le transport aux heures de pointe. La violation de ces obligations reprend le dispositif de sanction prévu à l'article 3136-1 qui a été réformé par la loi du 23 mars 2020. Ainsi, la première violation entraîne une amende de quatrième classe, fixée à 135 euros selon la procédure forfaitaire. Si trois violations sont constatées dans un délai de trente jours, les faits peuvent être punis de 3 750 euros d'amende et de six mois d'emprisonnement.

Une attention particulière a été accordée à la détention provisoire et aux assignations à résidence sous surveillance électronique qui ont été prolongées par la loi du 23 mars 2020. Ainsi, la prolongation de plein droit des délais de détention provisoire n'est plus applicable aux titres de détention dont l'échéance intervient à compter de cette date et les détentions ne peuvent être prolongées que par une décision de la juridiction compétente prise après un débat contradictoire. Si l'échéance du titre de détention en cours, résultant des règles de droit commun du Code de procédure pénale, intervient avant le 11 juin 2020, la juridiction

Actualité pénale

compétente dispose d'un délai d'un mois à compter de cette échéance pour se prononcer sur sa prolongation, sans qu'il en résulte la mise en liberté de la personne, dont le titre de détention est prorogé jusqu'à cette décision. Cette prorogation s'impute sur la durée de la prolongation décidée par la juridiction. En ce qui concerne les délais de détention au cours de l'instruction, cette durée est celle prévue par les dispositions de droit. Lorsque la détention provisoire au cours de l'instruction a été prolongée de plein droit pour une durée de six mois, cette prolongation ne peut maintenir ses effets jusqu'à son terme que par une décision prise par le juge des libertés et de la détention selon les modalités prévues à l'article 145 du Code de procédure pénale. La décision doit intervenir au moins trois mois avant le terme de la prolongation. Si une décision de prolongation n'intervient pas avant cette date, la personne est remise en liberté si elle n'est pas détenue pour une autre cause.

VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL

Crim. 24 mars 2020, n° 19-89.909, publ. Bull. à venir, site de la Cour de cassation, n° 345

Des journaux quotidiens ont publié des articles relatifs à l'interpellation de deux personnes présentées comme « *les plus gros tagueurs de ces dernières années* ». Si certaines données objectives étaient révélées (le montant de la remise en l'état des rames de métro nécessitée par leurs dégradations est chiffré à 600 000 euros), la méthode choisie par la police qui a attendu de les

Actualité pénale

interpeller en « *flagrant délit* » pour s'assurer de leur identité, les journaux ont aussi publié, entre guillemets, certains propos attribués au commandant de police en charge de l'enquête. Ce dernier ne conteste pas les faits, sauf l'utilisation d'une expression les qualifiant de « *drogués du tag* ». Une des deux personnes visées par ces propos porte plainte et se constitue partie civile, après le classement de sa plainte initiale, pour violation du secret de l'enquête et recel de ce délit. Le juge d'instruction dit qu'il n'y a pas lieu de poursuivre, approuvé par la chambre de l'instruction. La personne visée par les propos forme un pourvoi en cassation, ce qui permet à la Cour de cassation de revenir sur le champ d'application de la violation du secret professionnel.

L'article 11 du Code de procédure pénale impose le secret dans le cadre des procédures d'enquête et d'instruction. Il précise aussi que toute personne « qui concourt à rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause » est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Le premier de ces articles retient plus particulièrement l'attention en l'espèce, car il définit le délit de violation de secret professionnel comme la « *révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* » et la punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Les juges d'instruction ont refusé la qualification pénale de violation de secret professionnel en estimant que les propos publiés ne permettaient pas d'identifier les personnes mises en cause et

Actualité pénale

constituaient de simples « *commentaires* » et pas des « *révélations d'informations à caractère secret* » et, par voie de conséquence, couvertes par le secret de l'enquête.

La Cour de cassation casse la décision de la chambre de l'instruction et invalide la subtile distinction entre « *commentaire* » et « *information* ». La clé de compréhension de l'arrêt réside dans le troisième alinéa de l'article 11 du Code de procédure pénale ajouté par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Cette disposition permet au procureur de la République de « *rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause* ». Le principe d'interprétation stricte limite ce droit de communication aux membres du ministère public et ne saurait bénéficier à d'autres personnes concourant à l'enquête, quelle que soit leur connaissance ou implication dans l'affaire. Mais la limitation n'est pas seulement une affaire de qualité légale, elle est aussi une contribution à la recherche de la vérité. Ainsi, ce droit de communication exceptionnelle a comme objectif assigné par la loi « *d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public* ». L'interprétation téléologique ne permettrait pas plus aux enquêteurs de communiquer des éléments couverts par le secret. Les « *fenêtres d'information* », nom consacré par la doctrine pénaliste, sont un moyen d'assurer l'ordre public et l'efficacité de la recherche de la vérité et ne sauraient se confondre avec les déclarations intempestives assurant une gloire éphémère. Si la décision de la Cour de cassation est classique dans

Actualité pénale

l'appréciation juridique du cadre de l'enquête de police, elle appelle des observations.

D'une part, la qualification pénale se fait par un jeu de dominos d'obligations pénalement sanctionnées. Le Code pénal, article 226-13, définit le délit de violation de secret professionnel, rattaché à la nature de l'information (confidentielle), mais surtout au contexte de son obtention. Ce n'est pas tant la qualité de la personne qui entraîne la qualification pénale que le contexte dans lequel elle a pris connaissance de cette information. Le Code de procédure pénale, dans son article 11, soumet l'enquête de police au secret et renvoie au Code pénal. Par voie de conséquence, les enquêteurs concourant à l'enquête se trouvent soumis à l'obligation de confidentialité. Le commandant de police encadrant l'enquête ne pouvait échapper à la condamnation pénale dans ce cas. Mais d'autres questions sont permises. Que se passe-t-il lorsque les informations sont révélées par d'autres personnes que celles concourant à l'enquête ? L'article 11 ne trouverait pas à s'appliquer. Il serait envisageable d'appliquer dans ce cas l'article 226-13 de façon isolée. La profession a permis de prendre connaissance de certaines informations et l'obligation de confidentialité trouve sa source dans un autre cadre.

D'autre part, les décisions portant sur la violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou sur la violation du secret professionnel sont rares, comparées aux révélations diverses et variées qui émaillent les publications. Enquêteurs et magistrats déplorent le fait qu'ils apprennent certaines informations par voie de publication avant même d'en recevoir communication officielle. Le secret des sources des journalistes étant solidement protégé

Actualité pénale

depuis la loi du 4 janvier 2010, les investigations pénales couvertes par un secret absolu sont devenues très difficiles, en théorie, et quasiment impossibles, en pratique. La réalité commande de constater que ce ne sont pas tant les informations confidentielles qui sont aujourd'hui protégées, mais surtout la déontologie. C'est l'identification de la source qui permet l'application de la loi pénale.

Enfin, à l'heure de l'information instantanée et continue, se pose la question de la pertinence du maintien du secret de l'enquête et de l'instruction pénalement protégé face à une montée en puissance du droit du public à l'information et d'une protection de plus en plus forte des journalistes et de la presse.

Élisabeth Rolin

Le contentieux du retrait de points ou d'invalidation du permis de conduire devant le juge des référés « suspension » en période de confinement

*TA Besançon Ordonnance du juge des référés du 20 avril 2020,
n° 2000644*

*TA Grenoble Ordonnance du juge des référés du 23 avril 2020,
n° 2001227*

Durant la période de confinement, les tribunaux administratifs continuent à rendre des jugements dans le cadre des procédures d'urgence comme celle du référé « suspension » en application de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Le contentieux de l'annulation du retrait de points ou de l'invalidation du permis de conduire correspond à un contentieux de masse devant les juridictions administratives. Il est souvent accompagné d'une demande de suspension de l'exécution de la décision du ministre de l'Intérieur en raison du caractère indispensable du permis de conduire pour l'exercice d'une activité professionnelle.

Les deux décisions du juge des référés du Tribunal administratif de Besançon et du Tribunal administratif de Grenoble offrent une illustration de ce contentieux abondant en permettant d'analyser le raisonnement du juge pour apprécier, d'une part, l'urgence et d'autre part, les moyens propres à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité d'une décision d'invalidation de permis de conduire.

Police administrative

Deux conditions cumulatives

Le référé « suspension » a été créé, comme le référé « liberté¹ », par la loi relative au référé devant les juridictions administratives du 30 juin 2000. Le référé « suspension » peut porter sur toute décision administrative, même de rejet, explicite ou implicite, positive ou négative. Comme pour l'ancien sursis à exécution, la demande de référé « suspension » n'est recevable que si la décision sur laquelle elle porte fait l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la juridiction administrative, y compris en matière fiscale. Alors que pour le sursis à exécution, il fallait que l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et que les moyens énoncés dans la requête paraissent en l'état de l'instruction sérieux et de nature à justifier l'annulation, le référé « suspension » peut jouer lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision².

Ces deux conditions restent cumulatives. Mais cette nouvelle procédure d'urgence est beaucoup plus souple que celle du sursis à exécution qui ne formulait pas expressément la condition de l'urgence. Ainsi, précédemment, le risque d'une perte de salaire était rarement considéré comme un préjudice difficilement réparable. Mais l'article L. 521-1 du Code de justice administrative ne définit pas l'urgence. C'est au juge qu'il appartient de l'apprécier objectivement en tenant compte de l'ensemble des circonstances

1. Article L. 521-2 du Code de justice administrative.

2. CE, Sect. 18 janvier 2001, Commune de Venelles, Rec. 18, RFDA 2001. 378.

Police administrative

de chaque espèce. Comme les deux conditions de l'urgence et du moyen sérieux sont cumulatives, il suffit que l'une des conditions ne soit pas remplie pour que le juge rejette la requête. L'affaire du Tribunal administratif de Besançon illustre ainsi un cas où le juge a considéré que la condition de l'urgence n'est pas satisfaite sans qu'il se prononce sur les moyens de légalité. Dans celle du Tribunal administratif de Grenoble, le juge considère qu'aucun des moyens invoqués n'est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition de l'urgence. Dans ce dernier cas, l'examen des moyens de légalité a été facilité par la production d'un mémoire en défense du ministre de l'Intérieur. Dans les deux dossiers, les requérants faisaient valoir, pour répondre à la condition de l'urgence, que leur permis de conduire était indispensable pour l'exercice de leur profession.

L'appréciation de l'urgence

Dans la première affaire devant le juge des référés du Tribunal administratif de Besançon, le requérant demande, le 17 avril 2020, d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, la suspension de l'exécution de la décision 48SI du 24 janvier 2020 par laquelle le ministre de l'Intérieur l'a informé de l'invalidité de son permis de conduire pour solde de points nul. Il a aussi déposé une requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la même décision, enregistrée le 17 mars 2020. Il soutient que la condition d'urgence est remplie, dès lors que sa situation familiale et financière nécessite qu'il dispose d'un

Police administrative

permis de conduire dont il a besoin pour conserver son emploi et qu'il ne présente pas de risque de dangerosité. Le juge vérifie si la condition de l'urgence est remplie en appliquant la grille d'analyse suivante qui résulte d'un considérant de principe³ : « *L'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des éléments fournis par le requérant, si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue. La condition d'urgence s'apprécie objectivement et globalement au regard de l'intérêt du demandeur mais aussi de l'intérêt public* ».

Au cas d'espèce, le juge relève, d'une part, « *qu'alors que la décision contestée lui a été notifiée le 20 février 2020, le requérant a introduit un recours gracieux le 5 mars suivant et un recours au fond devant le tribunal administratif de Besançon le 17 mars, avant de saisir le juge des référés le 17 avril, soit près de deux mois après avoir été informé de la perte de son permis de conduire. En outre, bien qu'il eût fait l'objet par le préfet de l'Ain d'une suspension de son permis de conduire pour une durée de six mois à compter du 21 novembre 2018 et d'une condamnation par un jugement du tribunal correctionnel de Bourg-en-Bresse en date du 9 avril 2019 à une suspension de son permis de conduire pour une durée de sept mois,*

3. CE, Sect. 19 janvier 2001, Confédération des radios libres, Rec. 29.

Police administrative

non seulement il n'a pas perdu son emploi, mais il n'a jamais cessé d'exercer son activité professionnelle, y compris en période d'urgence sanitaire alors pourtant que son employeur est informé de la perte de son permis de conduire depuis, au plus tard, le 24 février 2020 ». D'autre part, le juge ajoute, à l'appui de sa solution de rejet, « qu'en tout état de cause, la décision dont la suspension de l'exécution est sollicitée répond, eu égard à la gravité des infractions au code de la route reprochées à l'intéressé, qui lui ont valu une condamnation à quatre mois de prison, à des exigences de protection et de sécurité routière dont il appartient au juge des référés de tenir compte pour apprécier objectivement et globalement si la condition d'urgence prévue par les dispositions susmentionnées est satisfaite ».

La condition du doute sérieux quant à la légalité de la décision

Cette seconde condition est souvent la plus difficile à apprécier dans l'urgence, car elle conduit le juge à se prononcer sur la légalité de la décision attaquée en l'état de l'instruction, c'est-à-dire la plupart du temps sans qu'ait pu être produit un mémoire en défense pour l'administration soumis au contradictoire qui éclaire le juge. Ce mémoire en défense déposé dans les affaires au fond où la procédure contradictoire n'est pas enfermée dans des délais très brefs est extrêmement utile pour vérifier la légalité d'une décision administrative. Lorsque le juge des référés « suspension » est convaincu que la condition de l'urgence peut être remplie, l'affaire est examinée en audience publique pour permettre, à défaut de

Police administrative

production écrite d'un mémoire en défense, un échange des parties à l'oral. Dans l'affaire devant le Tribunal administratif de Grenoble, les parties ont été informées qu'il serait statué sans audience sur la requête et que la clôture d'instruction serait close le 7 avril 2020 à 12 heures, conformément aux dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif.

Au cas d'espèce, le requérant, à l'appui de sa demande de suspension de l'exécution de la décision du ministre de l'Intérieur prononçant l'invalidation de son permis de conduire, présente des moyens classiques dans ce type d'affaire, d'une part, de légalité externe : la décision émane d'une autorité incompétente et elle est entachée d'un défaut de motivation ; d'autre part, il évoque des moyens de légalité interne : il n'a pas reçu notification des décisions portant retrait de points et il n'en a pas été informé préalablement.

Sur la légalité externe

Le ministre de l'Intérieur ayant produit la décision portant délégation de signature publiée au Journal officiel de la République française au chef du service du fichier national du permis de conduire (FNPC), pour signer notamment les décisions relatives aux permis de conduire, le moyen tiré de l'incompétence du signataire de la décision attaquée n'a pu qu'être écarté. De même, dès lors que la décision en litige mentionne les articles du Code de la route dont il est fait application et fait état de la date, de l'heure, du nombre de points retirés et du lieu des infractions, elle est

Police administrative

suffisamment motivée en droit et en fait.

Sur la légalité interne

En ce qui concerne la notification des décisions de retrait de points :

Le requérant soutenait que les retraits de points en litige ne lui avaient pas été notifiés avant l'intervention de la décision constatant la perte de validité de son permis de conduire. Mais le juge rappelle en application d'une jurisprudence constante⁴ que « les conditions de la notification au conducteur des retraits de points de son permis de conduire, prévues par les dispositions de l'article L. 223-3 du code de la route, ne conditionnent pas la régularité de la procédure suivie et partant, la légalité de ces retraits. Cette notification a pour seul objet de rendre ceux-ci opposables à l'intéressé et de faire courir le délai dont il dispose pour en contester la légalité devant la juridiction administrative. La circonstance que l'administration ne soit pas en mesure d'apporter la preuve que la notification des retraits successifs, effectuée par lettre simple, a bien été reçue par son destinataire, ne saurait lui interdire de constater que le permis a perdu sa validité, dès lors que la décision procédant au retrait des derniers points récapitule les retraits antérieurs et les rend ainsi opposables au conducteur ».

En ce qui concerne l'absence d'information préalable :

Le conducteur qui commet une infraction au Code de la route a

4. CE, 5 décembre 2005, Ministre de l'Intérieur, n° 280097, Rec. 546.

Police administrative

droit à une information préalable, prévue par les articles L. 223-3 et R. 223-3 de ce Code, sur le risque encouru de retrait de points si la réalité de l'infraction est établie. Il est informé également de l'existence d'un traitement automatisé des retraits et reconstitutions de points et de la possibilité pour lui d'accéder aux informations le concernant. Cette information constitue une formalité substantielle dont l'accomplissement, qui est une garantie essentielle donnée à l'auteur de l'infraction pour lui permettre d'en contester la réalité et d'en mesurer les conséquences sur la validité de son permis, est une condition de la régularité de la procédure suivie et, par suite, de la légalité du retrait de points. Il appartient donc à l'administration d'apporter la preuve, par tous moyens, qu'elle a satisfait à cette obligation. Toutefois, lorsque la réalité de l'infraction a été établie par une condamnation devenue définitive prononcée par le juge pénal⁵ qui a statué sur tous les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance et que l'auteur de l'infraction a ainsi pu la contester, ou lorsqu'il a payé l'amende forfaitaire majorée⁶, l'omission de cette formalité est sans influence sur la régularité du retrait de points résultant de la condamnation.

Au cas d'espèce, le ministre a justifié de ce que l'ensemble des infractions ont donné lieu à un paiement ou à une condamnation pénale définitive. Par suite, le moyen tiré du défaut d'information préalable n'a pu qu'être écarté.

5. CE, 11 juillet 2012, Ministre de l'Intérieur, n° 349137.

6. CE, 5 novembre 2014, Ministre de l'Intérieur, n° 375269.

Police administrative

Mais, dans l'hypothèse où la juridiction pénale annule la condamnation postérieurement au rejet par le juge administratif du recours dirigé contre la décision de retrait de points ou celle constatant la perte de validité du permis, il appartient à l'administration de retirer cette décision⁷.

7. CE, 18 décembre 2017, Ministre d'État, ministre de l'Intérieur, n° 408713.

Xavier Latour

Le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS) : bilan 2019

L'activité du CNAPS ne faiblit pas. Elle suit celle des entreprises privées de sécurité pour lesquelles 2019 aura été une année chargée avec des événements sportifs (la coupe du monde féminine de football), ou encore un regain d'interventions lié à la crise des « gilets jaunes ».

Le CNAPS a aussi le regard tourné vers l'avenir, en particulier les Jeux olympiques et, plus près de nous, la publication du Livre blanc sur la sécurité intérieure, repoussée pour cause de Covid-19.

Publié en avril 2020, le rapport d'activités éclaire toujours très utilement la vie de l'établissement public administratif placé sous la tutelle du ministère de l'Intérieur.

Comme le souligne sa Présidente, Madame Derouet-Mazoyer, le CNAPS relève année après année les défis d'un environnement en constante évolution. À cette fin, son directeur, le Préfet Cyrielle Maillet, insiste sur la « stabilisation des performances » et la « modernisation des processus ». Cela passe, notamment, par une refonte des outils dématérialisés, à commencer par le site Internet. En offrant un regard rétrospectif intéressant, le rapport du CNAPS permet aussi de mieux apprécier la situation présente. À cet égard, les activités privées traversent une période de doutes, inhérente à la crise sanitaire, comme le reste de la société.

Depuis le début du confinement, les responsables du secteur

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

s'interrogent et s'inquiètent. Non seulement les conséquences économiques sont parfois graves (sur l'événementiel et l'aéroportuaire en particulier), mais encore les professionnels se sentent oubliés dans le dispositif de sécurité globale. Il est donc assez probable que le rapport 2020 reflétera cet environnement compliqué.

Avec un budget de 17,6 millions d'euros et 218 ETP (budget et effectifs stables), le CNAPS dispose de réels moyens pour accomplir ses missions et atteindre son objectif de régulation renforcée. Cela lui a aussi permis de faire face à une augmentation de son activité de plus de 20 %.

En matière de police administrative, le CNAPS a dû faire face à une demande soutenue en matière de délivrance des titres.

Le rapport met ainsi en évidence une hausse de 59 % des cartes professionnelles (75 546), dont un nombre significatif de renouvellements (61 %). À cela s'ajoutent 2 834 agréments de dirigeant, en sachant que le nombre de demandes (3 186) est en baisse de 6 %. Le délai moyen de délivrance est de 7 jours ouvrés pour 83 % des demandes, ce qui rassurera les professionnels souvent soucieux de fluidifier leur activité.

L'observateur remarquera que les demandes d'autorisations préalables d'accès à une formation sont également nombreuses (40 489), en hausse de 11 %. À cela s'ajoutent plus de 15 000 agréments palpation.

Parallèlement, le contrôle de la formation se poursuit. 244 autorisations ont concerné les organismes de formation, ce qui traduit une diminution significative. Elle incite à penser que le

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

marché se stabilise, avec un total de 426 organismes de formation (627 établissements). Dans le même temps, le CNAPS a autorisé 5 500 sessions de formation continue.

Alors que l'année précédente avait mis en évidence une augmentation des taux de refus à la suite d'un défaut de moralité (12 %), traduction d'une sévérité accrue ainsi que d'une harmonisation des critères entre les commissions locales d'agrément et de contrôle, ce chiffre chute nettement en 2019.

Avec seulement 4 % de rejets (tout type de titres), l'établissement pourrait s'exposer à des critiques relatives à son efficacité. Le CNAPS explique donc ce chiffre par des raisons techniques : une nouvelle procédure de traitement des dossiers incomplets et une proportion importante des demandes de renouvellement. Sera-ce suffisant pour rassurer ? Cela n'est pas certain. En effet, le taux de rejet des cartes professionnelles n'est que de moins de 2 % (7 % pour les autorisations préalables).

Le taux de délivrance des titres après un contrôle approfondi est stable (10,5 %). Parallèlement, le CNAPS poursuit sa politique de criblage récurrent au cours de la troisième année de leur validité des titres.

L'autre grande mission du CNAPS concerne **le contrôle des activités privées de sécurité**.

En ce domaine, la stabilité prévaut (1 733 contrôles au lieu de 1 736). Ils ont prioritairement ciblé les activités privées de sécurité se déroulant dans des lieux accueillant un public important, la protection physique de personnes et les organismes de formation.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

De plus, les entreprises importantes retiennent davantage l'attention des contrôleurs en raison de leur place prépondérante sur le marché. Ainsi, 67 % des contrôles ont concerné des entreprises de plus de 100 salariés.

Ce chiffre ne devrait pas contenter la profession qui se plaint régulièrement de ce type de concentration, en arguant que les sociétés visées ne sont pas forcément celles qui sont les plus problématiques.

Comme en 2018, les efforts de formation des contrôleurs sont mis en exergue.

Cette année encore, le rapport ne permet pas de savoir si des contrôles ont été diligentés après des signalements.

Dans le prolongement des contrôles, le CNAPS a identifié 7 492 manquements (légère hausse par rapport à 2018, mais la baisse tendancielle se poursuit). Ils ont débouché sur 567 actions disciplinaires (813 en 2018) et 1687 sanctions (1 502 en 2018).

348 dossiers ont été transmis à l'autorité judiciaire (177 en 2018) sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale.

Les éléments statistiques des sanctions font apparaître une majorité d'avertissements et de blâmes contre des personnes physiques et des personnes morales, mais aussi 332 (347 en 2018) interdictions d'exercer (211 infligées à des personnes physiques et 121 à des personnes morales). Il convient d'ajouter à cela des pénalités financières (2,5 millions d'euros contre 2,8 en 2018).

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

En matière de police administrative, 790 recours ont été présentés devant la Commission nationale d'agrément et de contrôle (CNAC), 494 décisions ont été confirmées. Le juge administratif a, quant à lui, été saisi à 396 reprises (312 fois en excès de pouvoir). Dans 76 % des cas, il a validé la légalité de la décision prise.

En matière disciplinaire, la CNAC a examiné 98 recours gracieux, pour confirmer 53 % des décisions initiales. Le juge administratif a examiné 63 recours (97 % de confirmation).

En conclusion, le CNAPS démontre qu'il a atteint un rythme de croisière. Certains s'en contenteront. D'autres pourraient penser que les résultats peinent encore à convaincre et à rassurer totalement sur le bon fonctionnement des activités privées de sécurité.

Directeur de publication :

Colonel Dominique SCHOENHER

Rédacteur en chef :

G^{al} d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD

Rédacteurs :

**G^{al} d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD
Frédéric DEBOVE
Claudia GHICA-LEMARCHAND
Xavier LATOUR
Elisabeth ROLIN
Ltn Océane GERRIET**

Équipe éditoriale :

Odile NETZER