

LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 92

Janvier 2021

EDITO

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

Cette veille juridique est la première de l'année 2021, ce qui me donne l'occasion de souhaiter à chacun d'entre vous une nouvelle année sous les meilleurs auspices possibles. Même si les difficultés de l'année précédente, surtout en matière de santé, nous invitent à la prudence et à ne pas faire preuve de naïveté, l'espoir de temps meilleurs fait partie intégrante des vœux que nous pouvons tous attendre.

La veille juridique que suit et traite le général d'armée (2S) Marc Watin-Augouard et dont il développera

(Suite page 2)



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

Edito

l'objet plus avant, porte essentiellement sur la difficile perception de l'identité personnelle via une identité numérique, mais également sur le traitement des images de vidéosurveillance dans le cadre de leur usage comme preuves d'une infraction pénale notamment.

Difficile perception juridique, là où même la perception scientifique montre déjà de grandes difficultés pour son établissement¹, et comme les articles de la veille le montrent, la Cour de cassation, comme tous les autres degrés de juridiction, peine dans l'argumentation pour arriver à une décision définitive. Et, dans le spectre des identités (administrative, biologique, psychologique, sociale, etc.), la plus difficile à définir, tant pour son rattachement à un individu que pour sa perception, serait l'identité numérique qui, à elle seule, recouvre un champ d'acceptions tout aussi vaste (identité commerciale, identité subjective, identité produite, identité de dédoublement, etc.). Le Règlement général sur la protection des données (RGPD), s'il offre des pistes, n'en donne pas pour autant la définition, et de ses directives nombre de questions et d'interprétations vont faire encore la jurisprudence de demain².

S'agissant de la vidéosurveillance, que l'article 706-96 du Code de procédure pénale distingue de la vidéoprotection prévue par les articles L 251-1 à L 255-1 du Code de la sécurité intérieure, car elle est un moyen d'investigation à disposition des enquêteurs, il est toujours intéressant de découvrir comment les délinquants sont les premiers à se prévaloir de l'abus de droit, de la déloyauté de la

1. Sous la direction de GAYON, Jean. *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*. Gallimard, coll. Folio essais, 2020, 848 p.

2. DESGENS-PASANAU, Guillaume. RGPD : entre incertitudes et occasions manquées. In *Le RGPD*, Dalloz, coll. Grand Angle, 2018.

Edito

preuve à leur endroit dès lors que cela permet la preuve de la commission des actes répréhensibles dont ils sont les auteurs. Sans aller plus avant, je cède la parole au GAR (2S) Watin-Augouard, dont l'expertise numérique n'est plus à présenter, et dont la veille nous permettra de mieux percevoir ce que nous pouvons facilement confondre, entre l'attribution d'une signature unique, ou IP (Internet Protocol), attribuée à un appareil qui se connecte au web, et l'identité de la personne qui l'utilise.

Cette première veille juridique de l'année 2021 me donne l'occasion de saluer l'arrivée du général (2S) Daoust à la tête du CREOGN. Je me réjouis du choix qui a été opéré, car il correspond aux orientations de notre Centre et garantit la poursuite de ses réflexions alors que convergent les sciences dites « dures » et les sciences humaines et sociales. Sous son autorité, j'aurai la plaisir de poursuivre, avec la complicité de madame Netzer, ma modeste mission de rédacteur en chef, dont le rôle s'efface devant la qualité des autres contributeurs. Cette veille n'est pas seulement un observatoire ; c'est un guide pour l'action de tous ceux qui doivent conduire une politique de sécurité. Celle-ci ne peut avoir de légitimité sans s'appuyer sur une éthique forte, protectrice du gendarme plus que contraignante. Le droit pénal, la procédure pénale et le droit de la police administrative sont au cœur des process, de la culture professionnelle. La connaissance des collectivités territoriales commande la qualité des relations qui doivent s'établir aux échelons les plus déconcentrés pour une meilleur proximité du service au public. Le secteur privé de la sécurité, enfin, connaît une profonde évolution, qui ne doit pas être lue sous le prisme d'une compensation de l'insuffisance de l'offre

Edito

publique de sécurité, mais doit être regardée à la lumière des innovations qu'il peut apporter dans le continuum public-privé. Merci aux fidèles contributeurs ! A tous nos lecteurs, je me fais le porte-parole de l'équipe pour vous adresser des vœux pour une année 2021 plus que jamais incertaine tout en étant porteuse d'espérances.

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>30</u>
Police administrative	<u>43</u>
Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée	<u>50</u>

Frédéric DEBOVE

Entre chambres froides et chaudes tensions

Pour tous ceux, fonctionnaires de police comme militaires de la gendarmerie, qui exercent des fonctions placées au cœur et sous le symbole des missions régaliennes de l'État, maîtriser l'évolution de la législation et de la jurisprudence s'y rapportant est un gage de professionnalisme et, par voie de conséquence, une source de plus grand respect et de meilleure considération. Veiller au maintien des connaissances juridiques des personnels placés sous ses ordres est de surcroît une obligation déontologique de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique (art. R. 434-6 Code de la sécurité intérieure – CSI). En ces temps incertains d'inflation normative et de bougisme répressif, l'ambition de cette veille est précisément de contribuer à l'actualisation des connaissances nécessaires à l'exercice des missions de police administrative et judiciaire, avec neutralité, objectivité et transparence. En toute liberté de plume également, car sans liberté de blâmer, il n'est point d'éloge flatteur (De Beaumarchais).

En ce début d'année nouvelle, à l'occasion de laquelle j'adresse tous mes vœux les plus sincères aux lecteurs de cette veille juridique, la jurisprudence européenne se révèle précisément riche d'enseignements en termes de pratiques policières, de déontologie de la sécurité et d'obligations étatiques. Deux arrêts de la Cour de Strasbourg, sensiblement différents l'un de l'autre, méritent une attention particulière. L'arrêt ***Bostan c/ République de Moldova***, en date du 8 décembre 2020, est instructif en ce qu'il apporte des précisions utiles sur la définition juridique et les composantes du

Déontologie et sécurité

domicile dont le respect est garanti par l'article 8 CEDH. Dans un registre distinct, l'arrêt **Berkman c/ Russie**, en date du 1^{er} décembre 2020, précise en les détaillant les obligations dont les États membres du Conseil de l'Europe sont débiteurs lorsqu'il s'agit de protéger les participants d'un rassemblement à l'égard de contre-manifestants agressifs.

En complément des deux arrêts susvisés auxquels est consacrée la présente chronique, qu'il soit également permis de signaler aux lecteurs l'arrêt **Sellami c/ France**, en date du 17 décembre 2020. À un moment où les relations entre la presse et les forces de l'ordre sont pour le moins tumultueuses, l'arrêt **Sellami c/ France** est intéressant en ce qu'il vient confirmer qu'une condamnation pénale d'un journaliste pour violation du secret de l'enquête ou de l'instruction n'est pas nécessairement constitutive d'une atteinte à la liberté d'expression. En l'occurrence, un journaliste du quotidien *Le Parisien* avait publié dans sa rubrique « Faits divers » trois articles consacrés à une affaire de viols et d'agressions en série en y insérant un portrait-robot établi par les services de l'identité judiciaire sur la base du témoignage d'une victime. Au motif que ce portrait-robot n'avait pas vocation à être porté à la connaissance du public et qu'il ne correspondait plus, de surcroît, au jour de sa publication, au signalement de l'auteur présumé des faits, le journaliste considéré était poursuivi pour recel de violation du secret de l'instruction sur le fondement de l'article 321-1 du Code pénal. En même temps qu'elle relève que la condamnation pénale (3 000 euros d'amende) constitue une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression du requérant, la Cour de Strasbourg parvient à la conclusion selon laquelle l'intérêt d'informer le public

Déontologie et sécurité

ne justifiait pas l'utilisation de ce portrait-robot : si le sujet à l'origine de l'article, à savoir l'enquête pénale ouverte sur une série de viols et d'agressions, relevait effectivement de l'intérêt général, l'approche sensationnaliste retenue pour la présentation du portrait-robot visait avant tout à satisfaire la curiosité du public, d'une part, et l'information diffusée était inexacte et ne pouvait qu'induire les lecteurs en erreur, d'autre part.

Quand le domicile se compose d'autant de chambres à coucher que de chambres froides !

« (...) C'est pourquoi je demande ce soir à toutes les personnes âgées de plus de 70 ans, à celles et ceux qui souffrent de maladies chroniques ou de troubles respiratoires, aux personnes en situation de handicap, de rester autant que possible à leur domicile », ainsi s'exprimait le président de la République, Emmanuel Macron, le 12 mars 2020, dans son allocution télévisée dédiée à la présentation des priorités de l'action publique face à la propagation de la Covid-19. Mais qu'est-ce donc qu'un domicile ? En matière pénale, la définition du domicile est fondamentale en considération des règles juridiques applicables aux visites domiciliaires, aux perquisitions et aux saisies subséquentes. L'acception répressive du domicile dépasse largement la portée que lui donne le droit civil (art. 102 Code civil). La notion renvoie en effet « *non seulement au lieu où une personne a son principal établissement mais encore au lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux* » (Crim., 26 février 1963, Bull. crim., n° 92). Ainsi

Déontologie et sécurité

entendu, le domicile peut correspondre à une résidence principale ou secondaire, à une chambre d'hôtel, à une caravane ou plus généralement à tout lieu permettant une habitation effective et une activité permanente. Inversement, ne sauraient être assimilés à un domicile une voiture (ou son coffre), un bateau non aménagé, un casier de consigne à bagages, une hutte de chasse (Crim., 9 janvier 1992, Bull. crim., n° 6) ou bien encore une cellule pénitentiaire. Dans ces derniers lieux, les fouilles peuvent intervenir à toute heure et sans qu'il ne soit nécessaire de respecter les règles applicables à la perquisition.

Mais une chambre froide ou une cour de maison peuvent-elles être considérées comme un domicile, avec toutes les conséquences juridiques qui s'attachent à la protection d'un tel lieu ? C'est à cette question que répond la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt ***Bostan c/ République de Moldova (req. N° 52507/09) en date du 8 décembre 2020***. En l'occurrence, à la suite d'un banal contrôle routier, des policiers avaient constaté la présence de nombreux lots de viandes de volaille dans une camionnette. Interrogé sur l'origine de cette marchandise, le conducteur avait déclaré que la viande, dépourvue de certificats d'origine, avait été importée de Transnistrie avec d'autres lots entreposés dans une chambre froide située dans la cour de la maison de ses beaux-parents. Après avoir recueilli l'assentiment exprès de l'intéressé, la police procédait à l'inspection de ladite chambre froide et y découvrait près de 5 tonnes de viande surgelée. Dans le prolongement de cette saisie, l'acquéreur de cette viande était alors poursuivi pénalement pour pratique illégale d'une activité commerciale. En réaction contre cette opération de police

Déontologie et sécurité

menée à l'encontre de leur gendre, les beaux-parents déposaient une plainte pénale contre les policiers sur le fondement du délit de violation de domicile. Au soutien de leur plainte, les beaux-parents alléguaient que leur gendre ne résidait pas avec eux et qu'ils étaient les seuls et uniques résidents du domicile, objet des investigations. Aussi, une visite de la chambre froide réalisée en leur absence, sans leur accord et sans autorisation judiciaire, serait constitutive d'une violation de l'article 8 CEDH garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance.

Plus de 11 ans après l'introduction de la requête (mais quid ici de la maxime chère à la Cour de Strasbourg selon laquelle « *justice delayed is justice denied* » ???), la Cour européenne des droits de l'Homme allait se prononcer en faveur des requérants. Pour parvenir au constat de violation de l'article 8 CEDH, les juges européens observent tout d'abord que les policiers, sans entrer dans la maison des requérants, avaient pénétré dans la cour de cette maison afin d'inspecter la chambre froide qui s'y trouvait. La Cour relève ensuite que les lieux visités n'étaient pas ouverts au public et n'étaient pas davantage affectés avec certitude à une utilisation purement professionnelle (rendant incompatible tout usage résidentiel ou à des fins personnelles de la part des requérants). La Cour précise enfin que la maison n'était pas franchement distincte et séparée des lieux inspectés par la police. Sur la base de cette triple constatation, la Cour parvient alors à la conclusion selon laquelle les lieux litigieux pouvaient être considérés comme faisant partie du « domicile » des requérants, au sens de l'article 8 de la Convention. La suite de la décision relève

Déontologie et sécurité

d'une logique juridique implacable. Réalisées sans l'autorisation préalable d'un juge et sans l'assentiment exprès du légitime occupant, les investigations menées au domicile du requérant ont constitué une ingérence coupable dans le droit des requérants au respect de leur domicile et cela d'autant plus que l'absence de mandat de perquisition et saisie (l'équivalent moldave de la commission rogatoire) n'était aucunement contrebalancée par un contrôle judiciaire *a posteriori* sur la légalité et la nécessité des mesures litigieuses d'investigations.

Des développements qui précèdent, il apparaît que la Cour de Strasbourg donne ici une portée très extensive à la notion de « domicile » au sens de l'article 8 de la Convention. Il est en effet de jurisprudence constante que la notion de « domicile » figurant à l'article 8 CEDH est un concept autonome, qui ne dépend pas d'une qualification en droit interne. La question de savoir si une habitation particulière constitue un « domicile » relevant de la protection de l'article 8 CEDH dépend des circonstances factuelles, notamment de l'existence de liens suffisants et continus avec un lieu déterminé (CEDH, *Isildak c/ Turquie*, 30 septembre 2008). Le terme « domicile » a une connotation plus large que le mot « home » qui figure dans la version anglaise de l'article 8 CEDH. Il peut englober, par exemple, le bureau ou le cabinet d'un membre d'une profession libérale (CEDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992) ainsi qu'un atelier de travail affecté partiellement à un usage d'habitation (CEDH, *Isildak c/ Turquie*, 30 septembre 2008). Pareillement, une perquisition effectuée au domicile d'une personne physique se trouvant simultanément être le siège des bureaux d'une société contrôlée par elle, est de nature à constituer

Déontologie et sécurité

une ingérence dans le droit au respect du domicile, au sens de l'article 8 de la Convention (CEDH, *Chappell c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989). Bien plus, dans certaines circonstances, les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, de son agence ou de ses locaux professionnels (CEDH, *Société Colas Est et autres c. France*, 16 juillet 2002). Toutefois, en certaines circonstances, la jurisprudence européenne sait se montrer moins généreuse et plus prudente. C'est ainsi que la qualification de « domicile » a déjà été refusée à des bâtiments abritant du bétail (CEDH, 6 septembre 2005, *Leveau et Fillon c/France*) ou à des bâtiments et équipements industriels, tels que moulin, boulangerie ou entrepôts utilisés à des fins exclusivement professionnelles (CEDH, 15 novembre 2007, *Khamidov c/ Russie*).

Quand le maintien de l'ordre ne se limite pas à l'observation du désordre

Dans le contexte français de mobilisation des « gilets jaunes » et de modes d'action violents, organisés et solidaires – singulièrement celui des Black blocs – qui constituent autant de défis aux dispositifs sécuritaires (V. la [Note n° 20 du CREOGN](#) de 2016 consacrée à cette stratégie d'affrontement avec les forces de l'ordre), l'**arrêt Berkman c/ Russie** en date du 1^{er} décembre 2020 apporte un éclairage important sur les finalités, les stratégies et les contraintes des opérations de maintien de l'ordre.

Les faits à l'origine de l'affaire se sont déroulés au cours de l'automne 2013 à Saint-Petersbourg à un moment où la requérante

Déontologie et sécurité

et un petit groupe de sympathisants LGBTI (lesbien, gay, bisexuel, transgenre et intersexe) qui l'accompagnait étaient rassemblés sur une place de la ville dans le cadre d'une manifestation organisée à l'occasion de la journée du *Coming out*. En considération de la sensibilité de ce rassemblement et en prévision d'éventuels affrontements avec des militants hostiles à la cause LGBTI, les organisateurs avaient pris soin préalablement de prévenir les autorités dans l'espoir d'une sécurité renforcée. Malheureusement, en dépit de cette sage précaution, les militants LGBTI se sont trouvés rapidement encerclés, insultés et pris à partie par plus d'une centaine de contre-manifestants agressifs et armés de fouets. Les forces de l'ordre, présentes sur les lieux du rassemblement – plus de 500 policiers – ne seraient intervenues qu'à partir du moment où les militants LGBTI auraient sollicité leur concours, les tensions entre les différents protagonistes étant parvenues à un stade critique.

Après épuisement des voies de recours internes, une militante de la cause LGBTI – d'ailleurs interpellée au cours desdits affrontements – déposait une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Au soutien de son recours, la requérante stigmatisait l'inertie des forces de l'ordre et voyait dans cette indolence sécuritaire une forme de discrimination étatique à l'encontre de la communauté LGBTI.

Par-delà la conclusion de l'arrêt se rapportant au caractère arbitraire de l'arrestation de la requérante (l'intéressée avait été reconduite au poste de police aux fins d'établissement d'un procès-verbal d'infraction alors même que cet acte de procédure aurait pu être aisément établi sur les lieux mêmes du rassemblement), la

Déontologie et sécurité

Cour de Strasbourg parvient à plusieurs constats riches d'enseignement en termes de doctrine de maintien de l'ordre. Les juges européens observent tout d'abord avec regret que l'unique préoccupation des forces de l'ordre déployées pour l'occasion a consisté dans la préservation de l'ordre public. En aucune façon, la facilitation du rassemblement n'a été considérée comme relevant des missions des forces de l'ordre. Aussi, aucune mesure n'a été mise en œuvre en amont de la manifestation pour prévenir les agressions (déclarations officielles et publiques visant à promouvoir la tolérance, surveillance des activités des groupes homophobes, concertation avec les organisateurs, etc.). Au moment du rassemblement, et alors même qu'elles étaient bien plus nombreuses que l'ensemble des manifestants et contre-manifestants, les forces de l'ordre n'ont nullement songé à déployer un périmètre de sécurité autour des participants au rassemblement. Cette absence de précautions élémentaires s'est d'ailleurs doublée d'une très longue passivité : avant les premières échauffourées, les forces de l'ordre n'ont jamais tenté, en effet, d'apaiser les tensions entre les deux groupes de manifestants. Ce n'est qu'à compter du moment où le risque de blessure physique est devenu tangible que les forces de l'ordre sont intervenues pour séparer les protagonistes.

De l'appréciation même de la Cour européenne des droits de l'Homme, pareille stratégie de maintien de l'ordre est à la fois insatisfaisante et coupable. Quand bien même une manifestation viendrait à heurter ou mécontenter une partie de la population, les participants doivent pouvoir y assister sans avoir à craindre toutes sortes de violences en provenance de leurs adversaires, « *une liberté*

Déontologie et sécurité

de réunion pacifique réelle et effective ne saurait se réduire à un simple devoir de non-intervention de l'Etat ». Bien mieux, l'obligation positive à laquelle sont tenus les États au titre de l'article 11 CEDH se trouve renforcée dans l'hypothèse où les participants au rassemblement appartiennent à une minorité dont les opinions impopulaires attisent une certaine hostilité publique. À la lumière de tous les griefs susvisés, les juges européens concluent logiquement à un constat de violation de l'article 11 CEDH pris isolément. En l'absence de preuves suffisantes permettant d'établir que les forces de l'ordre n'auraient interpellé que des manifestants LGBTI tout en se montrant complaisantes à l'égard des exactions commises par leurs adversaires, la Cour s'abstient en revanche d'entrer en voie de condamnation contre la Russie sur le fondement du jeu combiné de l'article 14 (principe de non-discrimination) et de l'article 11 CEDH.

Droit de l'espace numérique

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

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

**Cour de cassation, Chambre criminelle (n° 20-82.078), arrêt
du 1^{er} décembre 2020**

Faute de pouvoir identifier son origine éventuellement publique, une sonorisation remise à la justice par un média ne porte pas atteinte à la loyauté de la preuve et demeure contestable au titre de sa valeur probante.

À l'occasion d'une manifestation, les réseaux sociaux diffusent une vidéo représentant un individu casqué portant des coups à un autre. L'auteur, mis en examen et placé sous contrôle judiciaire, va néanmoins violer ses obligations en rencontrant une personne dont la fréquentation lui était interdite. C'est le journal *Mediapart* qui révèle les faits en assortissant ses propos d'extraits de conversations entre les deux mis en examen. Les journalistes de Médiapart remettent aux enquêteurs les originaux des fichiers audios à l'origine de leur article, mais invoquent le droit à la protection de leurs sources, s'agissant des conditions dans lesquelles ils sont entrés en possession desdits enregistrements.

Le service central de la police technique et scientifique, saisi en vue de l'authentification des enregistrements et de la reconnaissance des voix, conclut que les enregistrements litigieux ont été édités par un logiciel en libre accès sur Internet, mais n'apporte aucun élément sur l'origine des enregistrements litigieux.

Les enregistrements sont versés à la procédure, ce que conteste

Droit de l'espace numérique

l'une des personnes mises en examen qui demande la constatation de la nullité des pièces. Le demandeur soulève le problème de l'illégalité d'une telle captation qui constitue, selon lui, une atteinte au principe de loyauté de la preuve de nature à entraîner la nullité des pièces.

Pour la Cour de cassation, les journalistes, n'étant pas parties au procès, ne se voient pas imposer les impératifs de loyauté et de légalité de la preuve. L'impossibilité de connaître la participation éventuelle d'une autorité publique à ces enregistrements, telle qu'elle ressort de l'enquête, ne peut exclure une telle éventualité ; l'origine des enregistrements n'a toutefois pas, en l'espèce, d'incidence sur la régularité de la procédure. Le versement au dossier des enregistrements est régulier en la forme. C'est la valeur probante des enregistrements qui fera débat.

Dans cette affaire, la question principale n'est pas l'intervention d'un média dans la transmission d'informations à l'occasion d'une affaire judiciaire, mais les conditions dans lesquelles a été opérée la sonorisation de la rencontre entre les deux mis en examen. Le Code de procédure pénale (CPP) encadre de manière stricte cette technique spéciale d'enquête réservée à la criminalité et à la délinquance organisées et aux crimes (art. 706-96 du CPP). Le cas d'espèce ne relève pas de cette catégorie et ne justifie donc pas la mise en œuvre d'un tel procédé.

Si la preuve avait été apportée de la participation d'une autorité publique à de tels enregistrements, la Cour de cassation aurait censuré la décision d'insérer les documents transposés dans la procédure, en vertu du double principe de régularité et de loyauté

Droit de l'espace numérique

de la preuve. Faute de pouvoir prouver, après enquête par les services de la police technique et scientifique, l'origine des enregistrements, la Cour de cassation ne remet pas en cause la régularité du procédé et reporte le débat sur la valeur probante qui doit être appréciée par les juges du fond.

(Sur ce même arrêt, voir *infra*, rubrique « Actualité pénale », [p. 38-40](#))

Cour de cassation, Chambre criminelle (n° 20-83.885), arrêt du 8 décembre 2020

La mise en œuvre d'une vidéosurveillance sur la voie publique par des enquêteurs dans le cadre d'une enquête préliminaire ne relève pas des dispositions de l'article 706-96 du Code de procédure pénale (CPP). Elle nécessite une autorisation spéciale du procureur de la République qui doit en assurer le contrôle.

Dans le cadre d'une enquête préliminaire, un procureur de la République prescrit à des officiers de police judiciaire (OPJ) de mettre en œuvre un moyen de vidéosurveillance sur la voie publique afin de surveiller une maison dans laquelle se livre un trafic de stupéfiants. Selon un renseignement, elle abriterait une plantation de cannabis d'environ mille plants devant être récoltée à court terme. Les investigations ont effectivement permis d'y découvrir cinq kilogrammes d'herbe de cannabis, séchée.

Les enquêteurs ont alors mis en place des surveillances physiques doublées par le système de vidéosurveillance, dont la légalité de la mise en œuvre est contestée par une des personnes interpellées.

Droit de l'espace numérique

Celle-ci a déposé une requête devant la chambre de l'instruction aux fins de voir constater que les vidéosurveillances réalisées sur la voie publique, datées des 21 janvier 2019, 14 février 2019 et 27 février 2019, ont été mises en œuvre sans l'accord d'un magistrat du siège indépendant et, en conséquence, de voir ordonner la nullité des procès-verbaux relatifs aux surveillances précitées ainsi que l'annulation de différents actes en découlant.

Est mise en exergue la violation de l'article 14 du CPP et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La chambre de l'instruction rejetant cette requête, la Cour de cassation doit statuer sur son arrêt qui a validé l'installation d'une vidéosurveillance sur un lieu public par des officiers de police judiciaire agissant en enquête préliminaire, sans autorisation préalable du juge, alors que, selon le moyen du requérant, *« tout dispositif de captage et d'enregistrement d'une image, d'une personne, fût-ce dans un lieu public, suppose nécessairement une ingérence dans sa vie privée et ne peut être mis en place que sous le contrôle effectif d'un juge, et selon les modalités qu'il a au préalable autorisées »*.

Pour la Haute juridiction, le procureur de la République tient des articles 39-3 et 41 du CPP le pouvoir de faire procéder, sous son contrôle effectif et selon les modalités qu'il autorise s'agissant de sa durée et de son périmètre, à une vidéosurveillance sur la voie publique, aux fins de rechercher la preuve des infractions à la loi pénale.

Art. 39-3 du CPP

« Dans le cadre de ses attributions de direction de la police judiciaire, le procureur de la République peut adresser des

Droit de l'espace numérique

instructions générales ou particulières aux enquêteurs. Il contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci.

Il veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée. »

Art. 41 du CPP

« Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. À cette fin, il dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal. Il peut, en outre, requérir tout officier de police judiciaire, sur l'ensemble du territoire national, de procéder aux actes d'enquête qu'il estime nécessaires dans les lieux où chacun d'eux est territorialement compétent. [...] »

La mise en œuvre d'un système de vidéosurveillance constitue une ingérence dans la vie privée, ayant un caractère limité et proportionné à l'objectif poursuivi. De ce fait, elle n'est pas contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Par ailleurs, le dispositif n'implique pas d'acte de contrainte, ni d'atteinte à l'intégrité des personnes dont l'image est ainsi recueillie, ni de saisie, d'interception ou d'enregistrement des paroles de ces personnes.

Droit de l'espace numérique

Les OPJ, agissant en préliminaire, tiennent de l'article 14 du CPP le droit de mettre en place et d'exploiter, au surplus avec l'autorisation préalable du procureur de la République et sous le contrôle de celui-ci, un dispositif de vidéosurveillance ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, de capter, fixer et enregistrer les images de personnes se trouvant dans un lieu public, afin d'identifier les auteurs ou complices d'infractions.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la chambre de l'instruction qui a écarté, dans le cas d'espèce, l'application de l'article 706-96 du CPP. Cet article encadre la mise en œuvre de captation et de fixation d'images, sur décision d'un juge d'instruction ou, sur autorisation d'un juge des libertés et de la détention (les procureurs de la République n'étant pas jugés indépendants par la Cour européenne des droits de l'Homme) , à l'occasion d'enquêtes liées notamment à la criminalité organisée. En effet, la présence d'un individu dans les lieux surveillés étant par nature susceptible d'être vue par quiconque, il n'y avait pas lieu de prévoir un dispositif légal spécifique pour en capter et fixer l'image.

Néanmoins, la mise en œuvre d'une vidéosurveillance sur la voie publique par des enquêteurs nécessite une autorisation spéciale du procureur de la République qui doit en assurer le contrôle.

(Sur ce même arrêt, voir *infra*, rubrique « Actualité pénale », [p. 30-34](#))

Droit de l'espace numérique

Cour de cassation, chambre sociale (n° 17-19.523), arrêt du 25 novembre 2020

Les adresses Internet Protocol (IP), qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, de sorte que leur collecte par l'exploitation d'un fichier de journalisation constitue un traitement de données à caractère personnel.

À l'occasion d'un litige relatif à un licenciement, la Cour de cassation rappelle sa jurisprudence issue de son arrêt du 3 novembre 2016¹.

La nature de l'adresse IP a fait l'objet de prises de position contradictoires.

Dès 2000, pour le G29², « on peut parler sans l'ombre d'un doute de données à caractère personnel » au sens de l'article 2, point a) de la directive 95/46/CE. Le G29 considère, en effet, que « les fournisseurs d'accès à internet et les gestionnaires de réseaux locaux peuvent, en utilisant des moyens raisonnables, identifier les utilisateurs internet auxquels ils ont attribué des adresses IP, du fait qu'ils enregistrent systématiquement dans un fichier les date, heure, durée et adresse dynamique IP données à l'utilisateur d'internet ». Le 2 août 2007³, la Commission nationale de l'informatique et des

1. Cour de cassation – Première chambre civile – (n° 15-22.595), arrêt du 3 novembre 2016.

2. G 29, avis du 21 novembre 2000, « Le respect de la vie privée sur internet - Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne ».

3. Commission nationale de l'informatique et des libertés, L'adresse IP est une

Droit de l'espace numérique

libertés (CNIL) et le G29 soutiennent que l'adresse IP est une donnée à caractère personnel. La CNIL réagit alors à deux arrêts de la Cour d'appel de Paris relatifs au téléchargement d'œuvres musicales. Le premier, en date du 27 avril 2007⁴, refuse d'admettre que l'adresse IP est une donnée à caractère personnel en considérant que celle-ci « *ne permet pas d'identifier le (sic) ou les personnes qui ont utilisé cet ordinateur puisque seule l'autorité légitime pour poursuivre l'enquête (police ou gendarmerie) peut obtenir du fournisseur l'accès d'identité de l'utilisateur* ». Quelques jours plus tard, le 15 mai 2007⁵, elle affirme que « *le relevé de l'adresse IP de l'ordinateur ayant servi à l'infraction entre dans le constat de sa matérialité et pas dans l'identification de son auteur* ». Elle ajoute « *que cette série de chiffres en effet ne constitue en rien une donnée indirectement nominative relative à la personne dans la mesure où elle ne se rapporte qu'à une machine et non à l'individu qui utilise l'ordinateur* ».

Le 6 septembre 2007, en revanche, le TGI de Saint-Brieuc⁶ reconnaît que l'adresse IP est bien une donnée à caractère personnel : « *L'adresse IP est, au sens strict, un identifiant d'une machine lorsque celle-ci se connecte sur l'internet et non d'une personne. Mais, au même titre qu'un numéro de téléphone n'est, au sens strict, que celui d'une ligne déterminée mais pour laquelle un abonnement a été souscrit par une personne déterminée, un numéro IP associé à*

donnée à caractère personnel pour l'ensemble des CNIL européennes, [cnil.fr](https://www.cnil.fr/fr/ladresse-ip-est-une-donnee-caractere-personnel-pour-lensemble-des-cnil-europeennes), 2 août 2017. Disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/ladresse-ip-est-une-donnee-caractere-personnel-pour-lensemble-des-cnil-europeennes>

⁴. CA. Paris, 13ème chambre, Anthony G./SCPP, 27 avril 2007.

⁵. CA. Paris, 13ème chambre, Henri S./SCPP, 15 mai 2007.

⁶. TGI de Saint-Brieux, 6 septembre 2007, Ministère public, SCPP, SACEM c/J.P.

Droit de l'espace numérique

un fournisseur d'accès [...] constitue un ensemble de moyens permettant de connaître le nom de l'utilisateur ».

En 2009, c'est au tour de la Cour de cassation d'accentuer l'incertitude : l'arrêt du 13 janvier⁷ considère que l'adresse IP n'est pas une donnée personnelle dont le traitement relèverait de la loi du 6 janvier 1978.

Mais, le 12 mars 2013, Viviane Reding, alors commissaire européen, déclare que « *tout traitement de données relatives aux clients, telles que les adresses IP, doit respecter les dispositions nationales qui mettent en œuvre les exigences de la directive 95/46/CE ; ainsi les données à caractère personnel doivent être traitées pour des motifs légitimes et dans un but spécifique, et le traitement doit être proportionné à l'objectif poursuivi* ».

Mais la Cour d'appel de Rennes, par un arrêt du 28 avril 2015⁸, confirme que « *le seul relevé d'une adresse IP aux fins de localiser un fournisseur d'accès ne constitue pas un traitement de données à caractère personnel au sens des articles 2, 9 et 25 de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 [NDLR : avant les modifications liées au Règlement général sur la protection des données]. L'adresse IP est constituée d'une série de chiffres, n'est pas une donnée, même indirectement nominative, alors qu'elle se rapporte à un ordinateur et non à l'utilisateur* ». Toutefois, le tribunal de grande instance de Meaux, par ordonnance de référé du 10 août

⁷. Cass. Crim, n° 08-84.088, 13 janvier 2009.

⁸. CA. Rennes, ch. Com., n° 14/05708, 2 avril 2015.

Droit de l'espace numérique

2016⁹, reconnaît que la recherche d'une adresse IP est un traitement de données à caractère personnel.

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 19 octobre 2016¹⁰ met un terme à une certaine insécurité juridique et à une divergence d'appréciation entre les autorités nationales chargées de la protection des données et certaines juridictions.

Patrick Breyer, citoyen allemand, reprochait aux autorités de son pays d'enregistrer et de conserver son adresse IP lorsqu'il consulte les sites Internet fédéraux. Ces derniers enregistrent les données de consultation, notamment l'adresse IP, pour se prémunir contre des malveillances et engager, le cas échéant, des poursuites pénales. Après un rejet de sa demande en première instance, la Cour d'appel a partiellement réformé le jugement, ce qui, bien sûr, n'a pas satisfait les deux parties qui ont engagé un recours en révision devant le Bundesgerichtshof. C'est dans ce cadre que la Cour fédérale de justice allemande a adressé à la CJUE une demande de décision préjudicielle, au titre de l'article 267 TFUE. Cette demande portait sur l'interprétation de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Une adresse IP « dynamique » est-elle une donnée à caractère personnel ? Telle était l'une des questions soulevées. Il existe, en

9. *France sécurité/ NC. Numéricable*. Voir veille juridique du CREOGN n° 50, septembre 2016, p. 17-20.

10. CJUE – Arrêt C-582/14 du 19 octobre 2016, *Patrick Breyer contre Bundesrepublik Deutschland*.

Droit de l'espace numérique

effet, deux types d'adresse IP : la première, « fixe », est affectée en permanence à la « machine » connectée. La seconde est temporaire et attribuée par le fournisseur d'accès lors de chaque session. Elle peut donc changer, ce qui rend sa traçabilité plus complexe mais non impossible. Pour identifier la machine origine, il faut combiner l'action du fournisseur d'accès à Internet (FAI) et celle du site consulté. Dans son arrêt du 24 novembre 2011¹¹, la CJUE avait déjà pris position sur les adresses IP, dont elle avait reconnu la qualité de données à caractère personnel dans le point 51 : les adresses IP fixes sont « *des données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs* ». Mais, dans cette affaire, il s'agissait de la relation directe entre le FAI et l'internaute. Dans l'affaire considérée, seul le FAI peut connaître directement l'identité de la personne (ou plus exactement de la machine), puisqu'il a attribué l'adresse IP. L'opérateur des sites Internet ne dispose pas d'information précise permettant cette opération, sauf si l'internaute s'est identifié au cours de la session.

L'adresse IP dynamique ne constitue pas donc à elle seule pour le fournisseur de services en ligne une information se rapportant à une personne physique identifiée, mais elle peut être qualifiée d'information se rapportant à une personne physique identifiable si des informations supplémentaires sont détenues par le FAI. Comme l'a souligné l'avocat général, M. Campos Sánchez-Bordona, la conjugaison n'est pas irréalisable en pratique, car elle n'implique pas un effort démesuré en termes de temps, de coût et de main-

11. CJUE, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA c/Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*.

Droit de l'espace numérique

d'œuvre.

Pour la CJUE, une adresse de protocole Internet dynamique, enregistrée par un fournisseur de services de médias en ligne à l'occasion de la consultation par une personne d'un site Internet que ce fournisseur rend accessible au public constitue, à l'égard dudit fournisseur, une donnée à caractère personnel lorsqu'il dispose des moyens légaux lui permettant de faire identifier la personne concernée grâce aux informations supplémentaires dont il dispose.

L'arrêt du 19 octobre 2016, combiné à celui du 24 novembre 2011, clarifie d'une manière définitive le lien entre l'adresse IP et la notion de données à caractère personnel. Il met un terme aux hésitations jurisprudentielles.

C'est donc tout naturellement que la Cour de cassation se range derrière cette analyse par son arrêt du 3 novembre 2016 : *« les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, de sorte que leur collecte constitue un traitement de données à caractère personnel »*. L'arrêt du 25 novembre 2020 en est la confirmation logique.

Cour d'appel de Paris, 4ème chambre de l'instruction, arrêt du 13 novembre 2020

L'administrateur d'une page Facebook, sans être l'auteur d'un propos diffamatoire publié sur cette page depuis son interface d'administration, peut être poursuivi comme auteur principal.

La Cour d'appel est saisie d'une ordonnance de non-lieu prise par

Droit de l'espace numérique

un juge d'instruction dans une affaire de diffamation publique envers un particulier via un compte page Facebook.

Une plainte avec constitution de partie civile est déposée pour des propos diffamatoires tenus sur le compte « Asnières ma ville ». Une information judiciaire est ouverte et les investigations permettent de constater que les propos en cause ne sont plus accessibles en ligne. Toutefois, les recherches restent vaines pour identifier l'auteur des propos litigieux, notamment en raison du silence de Facebook opposé aux sollicitations des enquêteurs. Seule l'identité de l'administrateur de la page Facebook incriminée est connue.

Celui-ci, pour sa défense, nie être l'auteur des propos litigieux et indique que tous les membres de son association ont la possibilité de publier sur la page, les codes d'accès de celle-ci étant sauvegardés sur l'ordinateur du local de son association et figurant également à côté de l'ordinateur. Il ajoute qu'il a supprimé la publication contestée dès qu'il en a eu connaissance.

Le Parquet délivre des réquisitions de non-lieu en s'appuyant sur ces éléments et en évoquant l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Celui-ci exclut la responsabilité pénale du directeur de publication sous plusieurs conditions :

- l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contribution personnelle identifié comme tel ;

- il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message.

Droit de l'espace numérique

La partie civile rappelle cependant les dispositions de l'art. 93-3 de la loi du n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle qui instaure un régime de responsabilité « en cascade » : « *Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. A défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal* ».

Dans le cas d'espèce, l'article litigieux n'est pas un message adressé par un internaute sur la page Facebook de M. Z. mais publié depuis l'interface d'administration de la page. Pour la Cour d'appel qui censure l'arrêt de non-lieu, il convient de rechercher si le mis en cause peut être qualifié de producteur et donc voir sa responsabilité pénale engagée à ce titre.

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

VIDÉOSURVEILLANCE – ENQUÊTE DE POLICE

Crim. 8 décembre 2020, arrêt n° 2739, site Cour de cassation, n° 20-83.885, publ. Bull.

Une enquête préliminaire a été ouverte à la suite d'un renseignement selon lequel une habitation était susceptible d'abriter une plantation de mille pieds de cannabis devant être récoltés sous peu. Les investigations ont permis de découvrir 5 kg d'herbe séchée et abandonnée sur les lieux. Dans le cadre de l'enquête préliminaire, les policiers ont mis en place des surveillances physiques complétées par des moyens vidéo sur la place publique. Une des personnes mises en examen a demandé la nullité des preuves fondées sur la vidéosurveillance, entraînant donc l'annulation des procès-verbaux de surveillance et des actes subséquents.

La chambre de l'instruction a refusé la nullité, se fondant sur deux considérations. D'une part, l'installation de vidéosurveillance enregistrant l'image de personnes se trouvant dans un lieu public est étrangère aux dispositions de l'article 706-96, car ces images sont susceptibles, par nature, d'être vues « *par quiconque* », ce qui signifie qu'elles ne sont pas soumises à un dispositif spécifique de captation et fixation et ne relèvent pas de la protection de la vie privée. D'autre part, « *la mise en oeuvre d'un tel dispositif n'implique pas d'acte de contrainte, ni d'atteinte à l'intégrité des personnes dont l'image est ainsi recueillie, ni de saisie, d'interception ou d'enregistrement des paroles de ces personnes et que les officiers*

Actualité pénale

de police judiciaire, agissant en préliminaire, tiennent de l'article 14 du Code de procédure pénale le droit de mettre en place et d'exploiter, au surplus avec l'autorisation préalable du procureur de la République et sous le contrôle de celui-ci, un dispositif de vidéosurveillance ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, de capter, fixer et enregistrer les images de personnes se trouvant dans un lieu public, afin d'identifier les auteurs ou complices d'infractions ».

Un pourvoi en cassation est formé contre cette décision en se fondant, à la fois, sur des dispositions internes et européennes puisqu'il vise l'article 14 du Code de procédure pénale et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHFLF). D'une part, l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance dans un lieu public « *suppose nécessairement une ingérence dans la vie privée* », donc ne peut être mise en place sans une autorisation préalable et un contrôle d'un juge. La validation d'un dispositif de vidéosurveillance mis en place par des policiers dans le cadre d'une enquête préliminaire permettant le captage et l'enregistrement d'une image constituerait ainsi une violation de l'article 8 de la CSDHFLF garantissant la protection de la vie privée. D'autre part, l'article 14 ne donne pas une autorisation générale aux officiers de police judiciaire, de sorte qu'ils ne peuvent décider de l'utilisation des moyens de vidéosurveillance de leur propre chef.

Si la Chambre criminelle rejette le pourvoi, elle ne valide pas pour autant l'analyse juridique des juges d'instruction et apporte un certain nombre de précisions utiles pour le régime juridique de la vidéosurveillance qui n'est pas spécifiquement prévue par le Code de procédure pénale. L'article 706-96 prévoit la captation, la

Actualité pénale

fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles ou d'images dans un lieu privé. Les enquêteurs peuvent obtenir, sur réquisitions, des informations sous toute forme, même numérique, issues de la vidéosurveillance dans le cadre des enquêtes de police. Selon l'article 60-1, ils peuvent demander directement ces informations dans le cadre de l'enquête de flagrance, alors qu'ils ont besoin de l'autorisation du procureur de la République dans le cadre de l'enquête préliminaire, en vertu de l'article 77-1-1. Mais il n'y a pas de dispositions spécifiques quant à l'utilisation de la vidéosurveillance à des fins probatoires dans le cadre d'une enquête de police. Son utilisation ne pose des problèmes que si elle est considérée comme une atteinte potentielle à la vie privée. En premier lieu, la Cour de cassation considère que la mise en place de moyens de vidéosurveillance peut constituer une ingérence dans la vie privée et relève, à ce titre, de l'article 8 CSDHLF. Cette précision est utile et importante, car si la vidéosurveillance dans un lieu privé relève incontestablement de la protection de la vie privée, son utilisation sur la voie publique a pu échapper à l'article 8 qui garantit le respect de la vie privée, mais pas de façon absolue. Son deuxième paragraphe autorise d'éventuelles ingérences, à condition qu'elles soient prévues par la loi et que les mesures prévues soient nécessaires et proportionnées au but poursuivi. La Cour de cassation considère que la vidéosurveillance mise en place par les policiers est susceptible de porter atteinte à la vie privée, mais cette ingérence, « *par sa nature même* », présente « *un caractère limité et est proportionné[e] au regard de l'objectif poursuivi* ». Le calcul de proportionnalité auquel procède la Cour de cassation est intéressant puisqu'elle met en balance la protection de la vie privée et les besoins de constatation et de preuve des

Actualité pénale

infractions. L'atteinte à la vie privée devient admissible et tolérable uniquement si elle est d'une gravité relative (« *limitée dans le temps* »), alors que l'infraction poursuivie doit être d'une gravité suffisante (« *proportionné au regard de l'objectif poursuivi* »). Donc, la gravité de l'infraction surveillée compense et surplombe la gravité de l'atteinte à la vie privée. Mais cette dernière, pour se conformer à l'article 8 CSDHLF, doit aussi « *être prévue par la loi* », ce qui oblige les juges à lui trouver un fondement légal. Ensuite, la Cour de cassation identifie le texte permettant de définir le régime probatoire des moyens de vidéosurveillance utilisés à des fins probatoires. À ce titre, la Cour de cassation rappelle que les enquêteurs ne pouvaient mettre en place des moyens de vidéosurveillance sans autorisation du Procureur de la République. Puisque la vidéosurveillance n'a pas été spécifiquement réglementée par la loi, la Cour de cassation doit se rattacher aux textes généraux définissant les pouvoirs de police déployés dans le cadre de l'enquête. Si l'article 14 du Code de procédure pénale donne pouvoir aux officiers de police judiciaire « *de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte* », ce pouvoir n'est pas général. La Cour de cassation se place sous l'égide des articles 39-3 et 41 qui définissent les pouvoirs de direction de la police judiciaire attribués au procureur de la République. Selon le premier de ces textes, le procureur peut ainsi adresser des « *instructions générales ou particulières aux enquêteurs* » et doit même veiller à ce que les investigations « *tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge* », depuis la loi de 2016 qui a tenté de rapprocher son statut des exigences de l'autorité judiciaire, en

Actualité pénale

vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Cela permet au procureur de contrôler « *la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci* ». L'article 41 lui donne le pouvoir de « *procède(r) ou fai[re] procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale* ». La Chambre criminelle inscrit la mise en place des moyens de vidéosurveillance dans ce cadre. L'officier de police judiciaire ne peut pas décider de les utiliser de sa propre initiative, mais il peut les mettre en place à la demande du procureur. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation rejette le pourvoi, même si l'appréciation de la chambre de l'instruction est erronée. « *Le procureur de la République tient des articles 39-3 et 41 du code de procédure pénale le pouvoir de faire procéder, sous son contrôle effectif et selon les modalités qu'il autorise s'agissant de sa durée et de son périmètre, à une vidéosurveillance sur la voie publique, aux fins de rechercher la preuve des infractions à la loi pénale.* » Or, en l'espèce, les juges ont constaté que « *le procureur de la République a spécialement autorisé les enquêteurs à installer le dispositif contesté selon des modalités précises et qu'il en a effectivement assuré le contrôle* ».

Le régime juridique de la vidéosurveillance utilisée dans le cadre de l'enquête de police est ainsi clarifié par la Cour de cassation. Les moyens de vidéosurveillance doivent être ordonnés et contrôlés par le procureur de la République, même s'ils sont mis en place par les officiers de police judiciaire qui ne peuvent agir sur initiative.

(Sur ce même arrêt, voir *supra*, rubrique « Droit de l'espace numérique », [p. 18-21](#))

Actualité pénale

BRÈVES

**RESPONSABILITÉ PÉNALE DE LA PERSONNE MORALE –
MODULATION DE L'APPLICATION DES REVIREMENTS DE
JURISPRUDENCE DANS LE TEMPS – FRAUDE À LA LOI**

Crim. 25 novembre 2020, n° 18-86955, publ. Bull à venir

La Chambre criminelle a opéré un important revirement de jurisprudence dans cet arrêt et a apporté de nombreuses précisions en matière de principes généraux du droit.

S'alignant sur la jurisprudence européenne, à la fois émanant de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour de cassation décide qu'une société absorbante peut endosser la responsabilité pénale pour l'infraction commise par la société absorbée avant l'opération de fusion. Auparavant, elle considérait que l'absorption était l'équivalent du décès de la personne physique et qu'elle éteignait l'action publique. En même temps, la responsabilité pénale ne pouvait être transférée à la société absorbante en vertu de la personnalité des peines. Dorénavant, la société absorbante peut subir une peine patrimoniale en application d'une directive et de la jurisprudence européennes. Cette interprétation répressive permet que la fusion-acquisition ne fasse obstacle à la responsabilité pénale d'une société ayant commis une infraction pénale et qui souhaiterait échapper à la condamnation. Mais l'arrêt procède à une articulation des principes généraux dont l'importance semble dépasser la solution technique retenue par les juges.

Actualité pénale

En premier lieu, intrinsèquement, ce revirement de jurisprudence s'appuie sur les règles européennes, soulignant une nouvelle fois l'influence considérable et toujours croissante du droit européen en droit pénal. Les règles européennes peuvent, désormais, s'opposer à certains principes généraux du droit pénal. Ensuite, la Cour de cassation décide de moduler l'application du revirement de jurisprudence dans le temps et d'appliquer la nouvelle solution uniquement aux faits commis après la formulation de la nouvelle règle. Si elle vise le principe de prévisibilité juridique, elle aboutit à l'interdiction de l'application de la solution de l'espèce au cas de l'espèce, ce qui soulève certaines interrogations au regard du principe de légalité pénale et d'interdiction des arrêts de règlement. La jurisprudence semble désormais soumise au principe de non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère, que cette norme émane du législateur ou du juge. La nature et la philosophie du droit pénal français s'en trouvent considérablement affectées et modifiées. Désormais, le juge devient l'égal du législateur et ne se contente plus d'appliquer la règle à l'espèce qui lui est soumise, mais formule une règle générale valant pour l'avenir. Aussi louable soit l'intention de la Chambre criminelle, cette position doit être sérieusement analysée et évaluée à l'avenir.

Enfin, lorsque l'opération de fusion « *constitue une sorte de fraude à la loi* », la responsabilité pénale de toutes les sociétés, au-delà de celles prises en compte par le droit européen, doit pouvoir être engagée. Si l'on peut être perplexe quant à la formule employée par la Chambre criminelle qui suggère que l'opération n'est pas véritablement une fraude à la loi, le malaise est encore plus fort lorsque les juges décident de retenir la responsabilité pénale de la

Actualité pénale

personne absorbante dans l'espèce qui leur est soumise, car il s'agit « *d'un principe qui n'était pas imprévisible, il reçoit une application immédiate et s'applique en conséquence à toutes les fusions, quelle que soit leur date* ». L'office du juge consistant à dire le droit dans une affaire doit désormais être justifié par l'intermédiaire des règles européennes qui examinent la prévisibilité des normes afin d'en valider l'application.

Le droit pénal français, sous pression et influence du droit européen, se soumet ainsi au modèle du droit anglais et prend en compte, à la fois, les sources formelles, la loi et le règlement, ainsi que les sources matérielles, la jurisprudence, en droit pénal. Le juge fait un pas de plus dans l'acquisition d'un statut qui le rapproche d'un véritable pouvoir au sein de l'État plutôt que celui d'une simple autorité judiciaire.

POLLUTION – RESPONSABILITÉ PÉNALE DU CAPITAINE

Crim. 24 novembre 2020, n° 19-87651, publ. Bull. à venir

Le centre de sécurité des navires de Marseille a procédé à un contrôle du combustible utilisé par un navire de croisière. Les analyses ont révélé un taux en soufre supérieur à celui autorisé par le Code de l'environnement. D'ailleurs, ce dépassement était indiqué sur le bon de soutage. Le capitaine ainsi que la société propriétaire et exploitante du navire ont été poursuivis pour pollution de l'air en raison de l'utilisation, par un navire en mer territoriale, de combustible dont la teneur en soufre est supérieure aux normes autorisées. Condamnés par le tribunal correctionnel, ils ont interjeté appel. La Cour d'appel relaxe le capitaine en

Actualité pénale

considérant qu'il suivait « *les instructions de sa compagnie* » et qu'il « *pouvait légitimement penser qu'elles étaient conformes à la législation qu'il devait respecter* ». En effet, le capitaine déclarait ne pas avoir eu connaissance des obligations particulières françaises, car les normes sont fluctuantes d'un pays à l'autre, et qu'il n'avait aucune marge d'appréciation puisque la décision d'approvisionnement en carburant était prise par un service spécialisé de la société. La Cour de cassation casse l'arrêt de relaxe en considérant que « *le capitaine, garant de la sécurité du navire et de son équipage, de la protection de l'environnement et de la sûreté, et tenu personnellement à ce titre de connaître et de faire respecter les règles relatives à la pollution par les rejets des navires, devait s'assurer de la conformité à la législation du combustible utilisé* ». Ainsi, la simple détention du bon de soutage indiquant la teneur en soufre qui n'est pas conforme à la celle autorisée par la législation permet d'établir la violation consciente de la norme.

LOYAUTÉ DE LA PREUVE

Crim. 1^{er} décembre 2020, n° 20-82.078, publ. Bull. à venir

Les faits sur lesquels se prononce l'arrêt rendu par le Cour de cassation le 1^{er} décembre 2020 sont très connus, car ils ont été largement médiatisés puisqu'ils touchaient un membre du cabinet du Président de la République, M. A.B. Une vidéo montrant un homme portant un casque avec les insignes CRS en train de frapper un manifestant lors d'un rassemblement a été relayée sur les réseaux sociaux. L'affaire a pris une grande ampleur lorsque les journaux ont révélé qu'il s'agissait d'un conseiller du Président de la

Actualité pénale

République. Une information a été ouverte et l'homme mis en examen et placé sous contrôle judiciaire, avec interdiction d'entrer en contact avec quatre autres personnes impliquées dans l'affaire. Un site de média en ligne a publié un article et des enregistrements sonores montrant que M. A.B. a eu des conversations avec une des ces personnes, un gendarme réserviste au sein de la Garde républicaine. Une enquête a été ouverte pour déterminer l'origine de ces enregistrements. Si les journalistes ont accepté de les remettre aux enquêteurs, ils ont invoqué le droit à la protection des sources pour ne pas indiquer leur provenance, qui n'a pas pu être déterminée par les investigations de la police technique et scientifique. M. A.B. a demandé la nullité de ces enregistrements, demande refusée par la chambre de l'instruction.

Un pourvoi en cassation est formé. Le moyen soutient qu'il y a un sérieux doute quant au fait que l'enregistrement ait été effectué par les journalistes, une partie privée. Il serait impossible d'exclure que l'enregistrement ait été effectué par les autorités publiques et ensuite remis aux journalistes. Dans ce cas, la régularité de la preuve serait compromise car elle serait déloyale. Or, la chambre de l'instruction considère que cette question affecterait la validité de la preuve et pas la régularité de la procédure.

La Cour de cassation rejette le pourvoi, même si elle en approuve une partie de la démonstration. En effet, les impératifs de légalité et de loyauté de la preuve ne peuvent affecter la validité de la preuve sans rejaillir sur la régularité de la procédure, puisqu'elle repose sur les preuves. Or, les obligations de loyauté et de légalité dans le recueil de la preuve pèsent uniquement sur l'autorité publique, donc les journalistes, en tant que personnes privées, en sont exclus. Les investigations menées n'ont pas pu écarter, avec

Actualité pénale

certitude, l'intervention de l'autorité publique dans le recueil des preuves. Néanmoins, deux éléments permettent à la Cour de cassation d'écarter toute critique. D'une part, des investigations sérieuses et complètes ont été menées pour identifier la source de l'enregistrement. Cet argument rappelle la philosophie de la Convention européenne des droits de l'Homme qui double les droits fondamentaux d'une obligation procédurale d'identification et de mise en œuvre des moyens. Tant que les autorités publiques ont rempli cette obligation positive, l'absence de résultat ne peut leur être imputée, car elle constitue une obligation de moyen, pas de résultat. D'autre part, il n'est pas possible d'invalidier des preuves au simple motif que « *les conditions de leur recueil restent incertaines* ». La formule de la Cour de cassation est intéressante, même si elle ne paraît pas exempte de critique. En effet, on semble assister à une inversion des principes. Normalement, le doute profite toujours à la personne mise en cause. Mais pas dans cette hypothèse où le doute sur les modalités de recueil de la preuve profite à la partie poursuivante qui obtient la validation de la preuve au bénéfice du doute...

(Sur ce même arrêt, voir *supra*, rubrique « Droit de l'espace numérique », [p. 16-18](#))

SAISIE – DROITS DE LA DÉFENSE - CORRESPONDANCES ENTRE UN AVOCAT ET SON CLIENT

Crim. 25 novembre 2020, n° 19-84.304, publ. Bull. à venir

Le juge des libertés et de la détention a autorisé la Direction

Actualité pénale

régionale des entreprises de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Auvergne Rhône-Alpes (DIRECCTE) à procéder à des opérations de visite et saisies au sein d'une société. Les agents ont procédé à la saisie de courriers électroniques constituant des correspondances échangées entre l'avocat et son client. Le premier président a rendu une ordonnance décidant d'annuler la saisie des correspondances entre l'avocat et son client et ordonnant leur retrait de la procédure, décision contestée par pourvoi.

La Cour de cassation décide de casser et d'annuler l'ordonnance d'annulation en raison du contexte spécial de la procédure. L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 prévoit qu'en « *toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat (...) sont couvertes par le secret professionnel* ». Dans un arrêt de principe rendu le 24 avril 2013 (n° 12-80331), la Chambre criminelle avait dessiné un régime spécial de ces correspondances, se fondant expressément sur les pouvoirs d'enquête en matière de liberté des prix et de la concurrence : « *le pouvoir reconnu aux agents de l'Autorité de la concurrence par l'article L. 450-4 du Code de commerce, de saisir des documents et supports informatiques, trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense* ». Dans l'arrêt du 25 novembre 2020, elle rappelle que la règle spéciale prévaut sur la règle générale et que le régime spécial des enquêtes en matière de concurrence l'emporte sur le droit commun, mais dans le cadre strict du respect de ses conditions. Le

Actualité pénale

pouvoir des enquêteurs se trouve limité uniquement dans l'hypothèse selon laquelle les correspondances sont relatives aux droits de la défense. Le client qui se prévaut de la nullité de la saisie des correspondances avec son avocat devra faire la preuve du lien avec l'exercice des droits de la défense, sous peine de ne pas profiter de la limitation des pouvoirs d'enquête. La nullité n'est donc pas automatique, mais soumise à cette condition.

Police administrative

Élisabeth Rolin

**Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 22
décembre 2020, n° 439996**

Cet arrêt apporte des précisions sur le formalisme des attestations qui servent à justifier un déplacement dérogatoire hors du domicile en période de confinement ou aux horaires où s'applique un couvre-feu.

Les attestations visées, au cas d'espèce, sont celles dont le modèle avait été mis en ligne en mars 2020. La portée de l'arrêt est cependant plus générale et concerne les types de documents à fournir encore en 2021, tant que sont édictées des mesures d'interdiction de déplacement, qui s'analysent comme des mesures de police administrative limitant la liberté d'aller et venir.

Le requérant a demandé au Conseil d'État, en avril 2020, à titre principal, d'annuler pour excès de pouvoir, la décision révélée par la mise en ligne des modèles d'attestation et de justificatif de déplacement professionnel. À titre subsidiaire, il a demandé d'annuler cette décision en tant qu'elle obligeait, pour tout motif dérogatoire de déplacement, à indiquer sur l'attestation de déplacement l'heure de début de sortie, alors que le décret du 23 mars 2020 n'avait pas prévu de cadre temporel pour l'ensemble des motifs dérogatoires. Après avoir mis en évidence les différences entre les attestations et, en particulier le modèle pour les déplacements professionnels, le requérant a relevé que les imprimés correspondants n'étaient pas mis à disposition du public

Police administrative

en mairie. Il en a déduit qu'il s'agissait d'une atteinte au principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics et, par suite, d'une mesure discriminatoire.

Cet arrêt vient, en premier lieu, réaffirmer que, devant le Conseil d'État, peut être contestée la légalité de documents de portée générale, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. En second lieu, cet arrêt de rejet n'en demeure pas moins une illustration de la jurisprudence constante sur la portée de deux principes fondamentaux, la liberté d'aller et venir et l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

La mise à disposition de documents en ligne et la liberté d'aller et venir

Avant de répondre aux arguments des requérants, le Conseil d'État rappelle précisément les raisons qui ont conduit le ministre des Solidarités et de la Santé à prendre plusieurs arrêtés à compter du 4 mars 2020 dans le contexte de l'émergence d'un nouveau coronavirus (Covid-19), de caractère pathogène et particulièrement contagieux qui se propageait rapidement sur le territoire français. Par un décret du 16 mars 2020 motivé par les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de Covid-19, modifié par un décret du 19 mars 2020, le Premier ministre a interdit le

Police administrative

déplacement de toute personne hors de son domicile, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées, à compter du 17 mars à 12h00, sans préjudice de mesures plus strictes susceptibles d'être arrêtées par le représentant de l'État dans le département. Le ministre des Solidarités et de la Santé a pris des mesures complémentaires par plusieurs arrêtés successifs.

Le Conseil d'État détaille ensuite les mesures législatives sur l'état d'urgence sanitaire puis celles édictées par le Premier ministre, dans un décret du 23 mars 2020, pour apporter des précisions ou restrictions complémentaires¹.

1. Pour mémoire, aux termes de l'article 3 de ce décret : « *I. - Jusqu'au 31 mars 2020, tout déplacement de personne hors de son domicile est interdit à l'exception des déplacements pour les motifs suivants en évitant tout regroupement de personnes : / 1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ; / 2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par l'article 8 du présent décret ; / 3° Déplacements pour motifs de santé à l'exception des consultations et soins pouvant être assurés à distance et, sauf pour les patients atteints d'une affection de longue durée, de ceux qui peuvent être différés ; / 4° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables et pour la garde d'enfants ; / 5° Déplacements brefs, dans la limite d'une heure quotidienne et dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile, liés soit à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective et de toute proximité avec d'autres personnes, soit à la promenade avec les seules personnes regroupées dans un même domicile, soit aux besoins des animaux de compagnie ; / 6° Déplacements résultant d'une obligation de présentation aux services de police ou de gendarmerie nationales ou à tout autre service ou professionnel, imposée par l'autorité de police administrative ou l'autorité judiciaire ; / 7° Déplacements résultant*

Police administrative

Pour faciliter la mise en œuvre de ces règles, qui peuvent conduire en cas de non-respect à des contraventions, le gouvernement met à disposition du public, sur un site Internet, celui du ministère de l'Intérieur, un modèle d'attestation à remplir. Ces formulaires, y compris celui proposant un justificatif de déplacement professionnel, ne sont pas exclusifs de tout document apportant des justifications équivalentes pour démontrer que le déplacement entrainait dans le champ de l'une des exceptions prévues au I de l'article 3 du décret du 23 mars 2020.

La première question à laquelle répond le Conseil d'État est celle de la recevabilité de la requête.

En effet, le ministère des Solidarités et de la Santé, en défense, avait soulevé une fin de non-recevoir. Mais, dans un considérant de principe, le Conseil d'État admet la recevabilité en retenant le raisonnement suivant. Même si l'utilisation des modèles d'attestation et de justificatif mis en ligne sur le site Internet du gouvernement et du ministère de l'Intérieur n'est pas obligatoire,

d'une convocation émanant d'une juridiction administrative ou de l'autorité judiciaire ; / 8° Déplacements aux seules fins de participer à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative et dans les conditions qu'elle précise. / II. - Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions. / III. - Le représentant de l'Etat dans le département est habilité à adopter des mesures plus restrictives en matière de trajets et déplacements des personnes lorsque les circonstances locales l'exigent. / IV. - Le présent article s'applique à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon. »

Police administrative

ces modèles ont été de nature à produire des effets notables sur la liberté d'aller et de venir des personnes concernées par l'interdiction de sortie.

Le requérant, qui avait scruté à la loupe les formulaires, soutenait que ces documents n'étaient pas conformes à l'article L. 212-1 du Code des relations entre le public et l'administration qui dispose que « *toute décision prise par une administration comporte la signature de son auteur ainsi que la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci* ».

Le Conseil d'État écarte ce moyen en considérant que, si ces dispositions imposent qu'une décision écrite prise par une des autorités administratives au sens de cette loi comporte la signature de son auteur et les mentions qu'elles prévoient, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet d'imposer que toute décision prise par ces autorités administratives prenne une forme écrite. Par suite, les modèles mis en ligne, qui n'ont aucune valeur obligatoire, ne constituent pas des décisions relevant du champ de de l'article L. 212-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

Le Conseil d'État ajoute que la seule présence, sur un modèle d'attestation comportant l'ensemble des cas de sortie autorisés, d'un espace permettant, au pied du document, de mentionner l'heure de sortie du domicile, ne peut, en tout état de cause, être regardée comme signifiant que le signataire de l'attestation doit mentionner son heure de sortie dans les cas où elle n'est pas légalement requise.

Police administrative

Le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques

Le principe qui régit le fonctionnement des services publics a été consacré par la jurisprudence comme principe général du droit². Ce principe implique que toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent être régies par les mêmes règles. Pour autant, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier.

Au cas d'espèce, le Conseil d'État fait application de ce principe en considérant que les travailleurs ne sont pas dans la même situation que les personnes participant à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative et que la production pour les premiers d'un modèle d'attestation permanente vise à limiter la charge administrative pesant sur les employeurs et les employés. Par suite, le requérant n'est, en tout état de cause, pas fondé à soutenir que la mise en ligne d'un modèle d'attestation permanent pour les déplacements prévus au 1° du I de l'article 3, et pas pour ceux qui relèvent du 8° de ce même I, méconnaîtrait le principe

². CE, sect., 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 388 et s.

Police administrative

d'égalité.

Enfin, le Conseil d'État souligne que les modèles d'attestation mis en ligne ne constituent pas l'unique moyen de justifier qu'un déplacement respecte les conditions fixées par l'article 3 du décret du 23 mars 2020. En conséquence, le requérant ne saurait utilement soutenir que l'absence de mise à disposition du public d'imprimés du modèle d'attestation en mairie méconnaîtrait les principes d'égalité et de non-discrimination qu'il invoque.

En résumé, cet arrêt, tout en écartant les arguments évoqués sur l'atteinte au principe d'égalité, rappelle que la liberté d'aller et venir demeure une liberté fondamentale à laquelle il ne peut être porté atteinte que de manière proportionnée, comme l'a martelé à plusieurs reprises ces derniers mois le juge des référés « libertés ». En conséquence, l'absence de production, lors d'un contrôle, de l'attestation disponible sur le site du ministère de l'Intérieur ou sur l'application « TousAntiCovid », n'est pas opposable, car elle n'est pas obligatoire. Pour autant, les forces de sécurité intérieure sont fondées à demander tous les documents justificatifs qui prouvent qu'une personne peut se déplacer à titre dérogatoire.

Xavier Latour

La gendarmerie nationale et les réformes territoriales

À l'occasion d'un colloque organisé par le Centre de recherche de l'Ecole des officiers de la gendarmerie nationale (CREOGN) et la Faculté de droit de Nice, le 26 novembre 2020, élus, praticiens et universitaires ont réfléchi aux relations entre les élus, les territoires, les citoyens et la gendarmerie.

La rencontre a ainsi permis de revenir sur les réformes territoriales et sur leurs conséquences pour la gendarmerie.

En France, l'État unitaire a besoin de relais sur l'ensemble du territoire. Avec les préfetures, la gendarmerie joue un rôle essentiel. Fièrre de son maillage territorial, elle doit composer avec les évolutions de l'organisation administrative nationale.

Si l'unité de l'État constitue un principe intangible depuis la Révolution, la structuration du territoire change.

Régulièrement, en application des techniques de décentralisation et de déconcentration, le territoire s'adapte. Les réformes territoriales représentent, en effet, un levier de la réforme de l'État. Elles traduisent aussi une politique d'aménagement du territoire plus ou moins aboutie. Pour gagner en efficacité, pour relever des défis économiques ou prendre en compte les mouvements de population, l'organisation évolue soit à l'intérieur des cadres existants, soit de manière plus innovante. L'unité de l'État perdure, mais sans conteste la centralisation ne s'impose plus.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Or, la gendarmerie garantit la sécurité dans une logique de proximité, pas seulement dans les zones rurales, également dans les zones périurbaines. Dès lors, les modifications apportées à l'organisation territoriale peuvent l'impacter.

Depuis les années 1960 et plus encore après la loi n° 1992-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, les circonscriptions administratives permettent aux services de l'État en général de mieux se déployer. À ce titre, au moins en matière de sécurité, le département demeure la pierre angulaire. Logiquement, le groupement de gendarmerie reflète cette situation, comme l'illustrent ses liens étroits avec le préfet. À partir de ce niveau, les effectifs se déploient à des échelons plus petits, avec la brigade (canton) et la compagnie. Toutefois, depuis quelques années, un mouvement de concentration à des échelons interdépartementaux ou interrégionaux est perceptible.

Pour leur part, les collectivités territoriales bénéficient constitutionnellement du principe de libre administration et connaissent un fonctionnement démocratique, dont la vitalité n'a cessé de croître depuis 1982. Les autorités décentralisées exercent différentes compétences transférées par l'État dans de nombreux domaines, variables selon les collectivités. L'activité des communes, des départements et des régions (également circonscriptions administratives) implique d'étroites relations avec les services de l'État, en particulier, la gendarmerie.

Parallèlement, la décentralisation passe de plus en plus par l'intercommunalité, y compris en prenant la forme des métropoles. Dans le même temps, les communes sont régulièrement appelées à

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

fusionner, tout comme l'ont déjà fait les régions, voire certains départements.

Sans toujours pouvoir identifier des logiques aisément compréhensibles, les réformes territoriales se succèdent. La recherche de rationalisation guide, au moins en apparence, les pouvoirs publics. Cela n'empêche cependant pas l'imbrication de territoires institutionnels et d'autres, fonctionnels, voire l'empilement.

Face à des mouvements d'ampleur variable, la gendarmerie s'adapte pour garantir la cohésion du territoire. Elle cherche à améliorer un service public de proximité. Afin d'y parvenir, elle peut suivre totalement ou partiellement les réformes territoriales. La redéfinition de la carte régionale par la loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 a ainsi inévitablement conduit à une refonte de celle des régions de gendarmerie. Celles-ci ont d'ailleurs succédé aux légions et ont même dû démontrer leur utilité dans le cadre des débats relatifs à la loi n° 2009-971 du 3 août 2009.

L'institution oscille entre permanence et innovation. Elle illustre la nécessité de réformer en tenant compte des éléments politiques et juridiques bien ancrés. D'un côté, par exemple, la brigade issue d'une vision jacobine perdure. D'un autre, la communauté de brigades témoigne d'une volonté d'adaptation. Elle cherche à concilier une structuration fondée sur des critères géographiques et une autre, davantage en prise avec les bassins de population et les niveaux de délinquance. La performance du service rendu dépend en grande partie des solutions adoptées. L'organisation territoriale de la sécurité est un défi essentiel à relever.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Les éléments de stabilité de l'organisation territoriale

Les réformes ne sont pas forcément synonymes de bouleversements. Les fondamentaux perdurent, ce qui n'exclut pas des ajustements qui intéressent la gendarmerie. Tel est le cas pour l'importance, confirmée, du département et de la commune.

Le département fait figure de rescapé. Davantage en matière de décentralisation que de déconcentration, son avenir paraissait compromis. Pourtant, il demeure un échelon essentiel de l'organisation territoriale.

Ainsi, le préfet est le « *garant de la cohérence de l'action de l'État au profit des territoires* ». Or, cette cohérence semble passer par un recentrage sur les activités régaliennes, ce que tend à confirmer le Livre blanc de la sécurité intérieure (novembre 2020, p. 177).

En dépit de cette stabilité, la gendarmerie a évolué et devrait continuer de le faire.

La réduction du nombre de brigades et la création des communautés de brigades correspondent à l'obligation de s'adapter. Elles représentent l'alternative pragmatique à la suppression pure et simple de centaines de brigades, tout en manifestant un effort de rationalisation. D'abord, la volonté d'une meilleure maîtrise des moyens financiers et humains impose des redéploiements. Ensuite, la gendarmerie du XXI^e siècle bénéficie de facilités qu'elle ne connaissait pas auparavant. La mécanisation et les technologies de communication ont transformé les notions de

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

proximité et de maillage. Enfin, la répartition des populations à l'intérieur même des départements exerce une influence significative. La ruralité, voire la ruralité profonde, est appréhendée parallèlement à la périurbanité.

Également par souci de cohérence et d'efficacité, la gendarmerie est appelée à se positionner dans le schéma de développement des Maisons France Service.

Le souhait, un temps exprimé, de remettre en cause le département (voir par exemple le rapport Attali de 2008) comme collectivité territoriale a pu laisser planer un doute sur la pertinence de ce niveau pour la gendarmerie. Bien que confortée comme circonscription administrative de l'État, l'affaiblissement, voire la disparition de la collectivité, aurait pu engendrer des réflexions. Le groupement n'aurait eu pour interlocuteur que les communes, alors que les conseillers départementaux font actuellement entendre leur voix. Ils sont autant de relais des préoccupations cantonales qui doivent être prises en considération par la gendarmerie.

Mais, une fois encore, le département s'est sauvé. Dans ce contexte, la structuration de la gendarmerie est doublement confortée. Elle répond à ce besoin de proximité auquel la persistance du département répond en zone rurale et périurbaine. Le danger serait cependant de sombrer dans une forme de conservatisme exacerbé, entretenu par des élus locaux, notamment départementaux, farouchement hostiles à toute remise en question du maillage territorial au nom du principe, réputé

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

intangible, d'une brigade par canton.

De son côté, la commune n'a jamais été contestée dans ses différentes dimensions, au contraire elle sort renforcée par des réformes récentes. Elle a vocation à rester un échelon de l'administration déconcentrée et la collectivité territoriale de base. Encore davantage que le département, la commune satisfait l'exigence de proximité.

Dès lors, le maire demeure l'interlocuteur du gendarme et, au-delà, des autorités de l'État. Comme le rappelle le Livre blanc de la sécurité intérieure, il « *doit rester le pivot de la sécurité dans sa commune* » (p. 5). Même lorsque la commune n'abrite pas une brigade, source d'activités locales, l'élu attend de bénéficier de ce service public ancré de longue date dans l'histoire du territoire. Ils agissent de manière la mieux coordonnée possible, notamment grâce aux conventions désormais obligatoires lorsqu'un service de police municipale compte moins de 3 (et non plus 5) agents de police municipale (loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019, article L 512-4 du Code de la sécurité intérieure – CSI).

Le maire et le gendarme accomplissent ensemble cette mission de structuration sociale qui dépasse la seule garantie de la protection des personnes et des biens. C'est pourquoi le partage d'informations est essentiel, comme cela apparaît dans la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 « engagement et proximité ». Elle tire les leçons des difficultés en la matière et permet au maire de demander au préfet de présenter l'action de l'État, une fois par an devant le Conseil municipal (article L 2121-41 du Code général

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

des collectivités territoriales – CGCT). De plus, la loi a précisé les informations à transmettre au maire (article L 132-3 CSI).

La commune connaît toutefois d'autres évolutions que celles des intercommunalités.

Après l'échec des fusions initiées dans les années 1970, le mouvement a pris une autre dimension depuis quelques années. Symboliquement, la France ne compte plus 36 000 communes, mais moins de 35 000. Refondu en 2010, puis en 2015 et 2019, le cadre législatif des communes nouvelles a, enfin, permis d'obtenir quelques résultats. Ces communes se singularisent aussi en matière de sécurité puisqu'elle relève par principe de la police. Or, le Livre blanc de la sécurité intérieure suggère, judicieusement, de supprimer cette automaticité.

S'il est encore un peu prématuré pour mesurer les conséquences de cette transformation sur la gendarmerie, quelques pistes peuvent être soulevées.

D'une part, la réduction du nombre des maires comme autant d'interlocuteurs devrait faciliter le travail des gendarmes. Cependant, une nouvelle organisation administrative ne remettra pas en cause les réalités géographiques. Les communes déléguées continueront d'avoir des besoins comparables aux communes de plein exercice.

D'autre part, cette tendance au regroupement incitera-t-elle la gendarmerie à repenser son fonctionnement ? Des communes de taille plus conséquente attireront-elles des unités redéfinies ?

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Dans un autre registre, le sujet des zones de compétences entre la police et la gendarmerie a été relancé par le Livre blanc de la sécurité intérieure (p. 165). Parce que la gendarmerie est sortie des zones rurales pour pénétrer le champ des zones périurbaines, la redistribution des compétences entre la police et la gendarmerie constitue un thème important depuis la fin des années 1990. À ce titre, le relèvement des seuils des zones de police d'État et le transfert à la gendarmerie de la totalité d'un département peu peuplé ne comportant qu'une seule commune à police d'État représentent des perspectives de travail très sérieuses.

Des évolutions aux conséquences incertaines

La stratégie nationale de prévention de la délinquance 2020-2024 (axe 4, mesure 34) souligne la nécessité de « *clarifier les modalités d'articulation entre le niveau intercommunal et le niveau communal* ». Sans être nouvelle, cette volonté est réaffirmée par le Livre blanc de la sécurité intérieure (p. 139).

Les maires des communes situées en zone gendarmerie accepteront-ils, enfin, de suivre les voies préconisées ?

Face à cette situation, la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 « engagement et proximité » tente d'apporter des améliorations dont les effets devront être examinés dans la durée. Elles concernent le fonctionnement des intercommunalités en général, et la police en particulier.

D'une part, la volonté de rééquilibrer les relations entre les

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) et les communes pourrait contribuer à desserrer les freins à une approche moins éclatée de la sécurité. Le législateur a entendu le signal des maires. L'objectif n'est pas forcément d'intégrer, mais de coopérer davantage. Les outils créés par la loi (pacte de gouvernance, conférence des maires) renforceront peut-être la confiance des maires dans les EPCI. La peur de la dépossession laissera-t-elle la place à l'action commune ? De plus, l'élection par fléchage des conseillers métropolitains (article L 5211-6 CGCT) conforte, quant à elle, le lien entre l'EPCI et les communes.

D'autre part, le législateur n'a pas opté pour un transfert contraignant des pouvoirs de police au bénéfice des EPCI. Il a choisi la formule déjà suivie, mais modestement, de la mutualisation (article L 512-2 CSI). Un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre peut prendre l'initiative de recruter un ou plusieurs agents de police municipale en vue de les mettre à la disposition de l'ensemble des communes membres. La décision est subordonnée à une délibération des deux tiers au moins des conseils municipaux des communes représentant plus de la moitié de la population totale de celles-ci, ou de la moitié au moins des conseils municipaux des communes représentant les deux tiers de la population. La loi sur la sécurité globale pourrait favoriser les mises en commun de policiers municipaux en supprimant le seuil de 80 000 habitants prévu par l'article L 521-1 CSI.

Dans le contexte des intercommunalités, les métropoles tiennent une place particulière.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Si la métropole est souvent perçue comme une manière de privilégier les grands centres urbains, elle comprend aussi des communes plus petites, périurbaines, parfois rurales, situées en zone gendarmerie. Pour le moment, leur existence n'a pas bouleversé la façon d'appréhender les politiques locales de sécurité. Pourtant, la volonté de déplacer le sujet de la sphère purement locale à la sphère métropolitaine se fait plus précise, comme en témoignent l'actuelle stratégie nationale de prévention de la délinquance et les nouveaux contrats de sécurité intégrée. Les métropoles disposent, en effet, des leviers nécessaires pour agir. Leur taille leur confère une capacité d'action financière propice à l'augmentation des effectifs de police intercommunale en mesure, elle aussi, de mailler le territoire métropolitain, comme l'envisage le Livre blanc de la sécurité intérieure. Ce type de police pourrait renforcer, voire se substituer, à la gendarmerie. *A minima*, la présidence de la métropole est un interlocuteur privilégié de l'institution.

Dans un autre registre, la réduction du nombre de régions n'a pas été seulement une réforme de la décentralisation. Elle s'est accompagnée d'une refonte des administrations de l'État.

De plus, les échelons suprarégionaux sont davantage mobilisés. La zone de défense et de sécurité permet ainsi au préfet de zone de diriger l'action des préfets de région et de département dans la mise en œuvre des mesures de défense non militaires, et d'intervenir en matière de sécurité intérieure. Sur le fondement de l'article 2 de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, il « coordonne l'action des préfets des départements de zone pour

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

prévenir les événements troublant l'ordre public ou y faire face, lorsque ces événements intéressent au moins deux départements de cette même zone ». Les Secrétariats généraux pour l'administration du ministère de l'Intérieur (SGAMI) ont, par ailleurs, vocation à mutualiser les fonctions de soutien des services et unités de la sécurité intérieure et à faire de la zone l'échelon de droit commun pour la mise en œuvre des fonctions support de la police et de la gendarmerie.

Sur le plan de la décentralisation, une appropriation de la sécurité par les régions demeure une hypothèse évoquée par le Livre blanc de la sécurité intérieure (p. 134). Elle concernerait, cependant, la seule protection du domaine. De leur côté, des présidents de région ont pu soutenir une intervention dans le domaine des transports et des établissements scolaires, mais le juge administratif veille au respect des compétences d'attribution. La prudence est cependant de mise alors que les critiques se multiplient sur les effets néfastes de l'actuelle carte régionale. Les surcoûts sont beaucoup plus importants que les économies, les complications que les simplifications. La perte de proximité revient comme un leitmotiv. La situation est suffisamment sérieuse pour que la question d'une scission de grandes régions soit ouvertement posée. Bien qu'il soit difficile d'en cerner les chances de concrétisation, la gendarmerie devrait une fois encore s'adapter.

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