

LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 95

Avril 2021

EDITO

Au moment où nous publions cette veille juridique, la France est en deuil. L'acte terroriste qui a coûté la vie à une fonctionnaire du commissariat de police de Rambouillet – un de plus – a une portée qui dépasse, en effet, le cercle des forces de sécurité intérieure. Chacun d'entre nous, civil ou militaire, acteur régalien ou non, est visé. C'est notre conception de la démocratie, de la République qui est remise en cause. La première réponse est celle de la solidarité. Il faut aussi renforcer la lutte dans une « guerre » contre un adversaire qui a juré notre perte. L'Etat doit défendre les citoyens avec l'ensemble des forces qui sont dépositaires de la contrainte légitime. Tout en étant vigilant en matière d'éthique et de déontologie, il doit soutenir – et avec lui

(Suite page 2)



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

Edito

la population – les hommes et les femmes qui sont trop souvent confrontés au danger. Les polémiques politiciennes orchestrées et relayées par certains « médias », au premier rang desquels les réseaux sociaux, doivent cesser, car elles font le lit des extrêmes. Le législateur doit intervenir, si possible par anticipation, la loi venant souvent encadrer, après des événements douloureux, des modes d'action qui auraient peut-être évité le pire s'ils avaient été conçus et autorisés avant. Depuis le 11 septembre 2001, nous connaissons cette dialectique « attentat-loi ». Sans doute faudrait-il aujourd'hui prendre en compte la menace terroriste sans naïveté, en considérant que la société que nous voulons protéger, avec ses valeurs, est en légitime défense. La loi sur la sécurité globale est actuellement examinée par le Conseil constitutionnel, un nouveau projet de loi sera bientôt soumis au Parlement. Dans ce contexte, certaines décisions européennes, heureusement tempérées par le Conseil d'État, donnent l'impression que certains puristes du droit sont « hors-sol », eu égard à la réalité vécue sur le terrain. Mais il faut aussi s'interroger sur l'équilibre sécurité/liberté. Les terroristes ont sans doute gagné une bataille en nous contraignant à durcir notre corpus sécuritaire. Un simple regard sur l'évolution de nos Codes pénal et de procédure pénale depuis le début du siècle suffit à s'en convaincre. Mais pour gagner la guerre contre le terrorisme et la grande criminalité organisée, le droit ne suffit pas. Il faut aussi donner aux forces les moyens d'agir et de concentrer leur action sur l'essentiel. Mais rien ne peut s'envisager sans unité nationale. Il est grand temps de mettre à l'écart ce qui divise pour mobiliser les forces vives contre l'ennemi qu'il faut désormais clairement désigner et traiter comme il le mérite. L'actualité nous montre trop souvent, ici ou là, que des compromis, voire des compromissions,

Edito

sont acceptés, pour ne pas « faire de vague ». Mais ces vagues que l'on évite sont annonciatrices d'un tsunami. La situation inspire parfois quelque manifeste inopportun, dont l'exploitation politique est évidente. Ce n'est pas ainsi que l'on contribue, dans une démocratie, à porter le débat au niveau qui doit être le sien.

Bonne lecture de *La veille juridique* !

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



SOMMAIRE



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

Déontologie et sécurité	<u>5</u>
Droit de l'espace numérique	<u>16</u>
Actualité pénale	<u>34</u>
Police administrative	<u>70</u>
Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée	<u>78</u>



Frédéric DEBOVE

Libéré, délivré *versus* encerclé, confiné !¹

Certains refrains de chanson sont à l'évidence plus entêtants que d'autres. Les trois premières notes de la bande originale du film musical *La reine des neiges* – le plus grand succès de l'histoire des studios Disney – relèvent assurément de cette catégorie.

« Libérée, délivrée,
Je ne mentirai plus jamais,
Libérée, délivrée,
C'est décidé, je m'en vais »

Interprété par Elsa, personnage principal du film de Disney, ce refrain s'est propagé à travers la planète en 2013 à la vitesse ... d'un virus. Huit années plus tard, alors que le monde entier est plongé au cœur d'une pandémie meurtrière jalonnée de confinement et de couvre-feu, *Let it go* a une résonance toute particulière.

Libéré, délivré ... cette maxime obsessionnelle d'un film d'animation est en effet au cœur de la **décision n° 2020-889 QPC du 12 mars 2021**. Saisis par la Chambre criminelle de la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité, les Sages de la rue de Montpensier étaient invités à se prononcer sur la conformité de l'article 1^{er} de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (dans sa rédaction issue de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure) aux droits et libertés garantis par la Constitution. En substance, et de façon juridiquement décryptée, il s'agissait de se prononcer sur la

1. Voir également *infra*, rubrique « Actualité pénale », p. 46.

Déontologie et sécurité

technique de « l'encerclement » parfois utilisée en maintien de l'ordre. Comme ses différentes appellations le suggèrent (l'encagement, la souricière, le confinement, l'enchaudronnement), la technique de l'encerclement consiste, pour les forces de l'ordre, « à cerner et à retenir dans un périmètre de sécurité délimité un groupe de personnes afin de pouvoir contenir les mouvements de foule qu'ils sont susceptibles d'occasionner et de contrôler la zone ainsi circonscrite ainsi que ses issues ». Pour les auteurs de la saisine, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence en ne définissant pas les modalités de recours par les forces de l'ordre à cette méthode de gestion des foules aux conséquences parfois fâcheuses, par le sentiment de panique et l'effet de tension qu'elle peut susciter chez certains manifestants (cette technique aurait ainsi contribué, par exemple, à l'intrusion intempestive de manifestants au sein de l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière à l'occasion d'une manifestation le 1^{er} mai 2020). Loin de clore le débat sous l'angle déontologique et européen, la **décision n° 2020-889 QPC du 12 mars 2021** retire une épine dans la plume du législateur en admettant la constitutionnalité du corpus législatif se rapportant à la technique policière de l'encerclement, héritière du *kettling* ou *containment* britannique.

De la place Bellecour au Palais-Royal en passant par le Quai de l'Horloge

Comment, concrètement, le Conseil constitutionnel a-t-il été appelé à se pencher sur l'orthodoxie juridique d'une technique policière de maintien de l'ordre ? La question prioritaire de constitutionnalité à

Déontologie et sécurité

l'origine de sa saisine trouve son fondement dans une manifestation organisée contre une réforme du régime des retraites à Lyon en 2010. À l'occasion de cette manifestation, des centaines de personnes, encerclées par les forces de l'ordre place Bellecour, avaient été empêchées de rejoindre le cortège. Seuls les manifestants justifiant de leur identité et acceptant d'être soumis à des clichés photographiques étaient autorisés à sortir de la nasse ainsi mise en place. Dans le prolongement de l'atteinte à la liberté individuelle et de l'entrave à la liberté d'expression dont ils considéraient avoir été victimes, des manifestants, des associations et des syndicats déposaient alors une plainte avec constitution de partie civile auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Lyon. Après une ordonnance de non-lieu confirmée en appel, les parties civiles formaient un pourvoi en cassation à l'occasion duquel une QPC était soulevée. Par un arrêt en date du 15 décembre 2020, la Chambre criminelle ordonnait le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel après avoir jugé qu'elle était non seulement nouvelle et applicable au litige mais également sérieuse, en considération du fait que « le recours au procédé de l'encercllement lors de manifestations pourrait porter atteinte aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de sorte qu'il n'est pas exclu qu'il doive être encadré par la loi ». En d'autres termes, le législateur n'aurait peut-être pas exercé la plénitude de sa compétence en s'abstenant d'édicter les garanties permettant d'assurer, en cas d'usage par les forces de l'ordre de la technique de l'encercllement, le respect de la liberté individuelle, de la liberté d'aller et venir, de la liberté de communication et d'expression ainsi que du droit d'expression collective des idées et des opinions. La question posée

Déontologie et sécurité

invitait donc le Conseil constitutionnel à s'assurer que le législateur n'abandonne pas à d'autres autorités, réglementaires ou juridictionnelles, l'exercice d'une compétence que la Constitution lui a réservée.

Après la quadrature du Net, la quadrature du cercle ?

En application de l'article 34 de la Constitution, le législateur est compétent pour édicter les règles relatives aux droits civiques et aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. La liberté individuelle, la liberté d'aller et de venir, la liberté de communication et d'expression relèvent bien évidemment du champ de l'article 34 précité de la Constitution. L'usage de la technique de l'encerclement étant de nature à entraver l'usage des libertés susvisées, le législateur ne peut donc abdiquer au profit de quiconque – le pouvoir réglementaire comme la jurisprudence – toute latitude s'agissant de la détermination des règles relatives à la technique de l'encerclement. Qu'en est-il précisément ?

Depuis la Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (LOPS), dite « Pasqua » en référence au nom du ministre de l'Intérieur de l'époque, la sécurité assurée par l'État est érigée en véritable droit pour le citoyen, comme le proclame solennellement l'article 1^{er} de la loi précitée : « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux,

Déontologie et sécurité

au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens ». Toilettées à plusieurs reprises (loi du 15 novembre 2001, loi du 18 mars 2003) pour incorporer la nécessaire « coproduction » de sécurité en actualisant la liste des acteurs concernés, les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 21 janvier 1995 sont désormais codifiées, à droit constant, à l'article L. 111-1 du Code de la sécurité intérieure (ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012). Au titre des missions de l'État en matière de sécurité, figure donc « le maintien de la paix et de l'ordre publics », autrement dit le maintien de l'ordre. En termes de réglementation, cette mission particulière de police administrative ayant pour objet d'encadrer les rassemblements de personnes sur la voie publique ou dans des lieux publics est éclatée entre le Code de la sécurité intérieure (art. L. 211-1 et s.) et le Code général des collectivités territoriales (art. L. 2212-1, L. 2214-1, L. 2214-4, L. 2215-1 CGCT), en considération des compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales en matière de sécurité publique. À ces dispositions spécifiques s'ajoutent les incriminations du Code pénal se rapportant aux différentes formes répréhensibles de participation à un attroupement (art. 431-3 et s.). Autant le Code de la sécurité intérieure consacre un luxe de détails aux sommations préalables à la dispersion d'un attroupement et aux catégories d'armes susceptibles d'être utilisées pour maintenir l'ordre public (art. R. 211-11 et s., art. D. 211-19 et s.), autant le même Code ne souffle mot de la technique de l'encerclement. Seuls une instruction ministérielle en date du 21 avril 2017 (relative au maintien de l'ordre public par la police nationale) et, plus récemment, le nouveau « Schéma National du Maintien de l'Ordre (SNMO) » adopté par le ministère de l'Intérieur à l'automne 2020,

Déontologie et sécurité

évoquent le recours possible à cette technique en en précisant dans des termes voisins le caractère éphémère et singulier. Selon le premier de ces textes, « dans des circonstances exceptionnelles de risque de troubles à l'ordre public et pour une courte durée, un périmètre de sécurité, constitué d'un cordon de policiers et d'une voie de sortie des manifestants, contrôlée et encadrée, peut être mis en œuvre autour de certains manifestants, lorsque ce dispositif est le seul moyen d'éviter des dommages importants ». Pour sa part, le SNMO (§.3.1.4) énonce que « sans préjudice du non-enfermement des manifestants, condition de la dispersion, il peut être utile, sur le temps juste nécessaire, d'encercler un groupe de manifestants aux fins de contrôle, d'interpellation ou de prévention d'une poursuite des troubles. Dans ces situations, il est systématiquement laissé un point de sortie contrôlé aux personnes ». En laissant à l'Administration le soin d'apporter des précisions – de portée de surcroît très limitée – aux modalités de mise en œuvre de l'encercllement, le législateur a-t-il exercé la plénitude de ses prérogatives en termes de proportionnalité des atteintes portées aux droits et libertés constitutionnels au regard de l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public poursuivi ? Telle était en substance la question posée aux Sages de la rue de Montpensier.

Les espoirs déçus de l'incompétence négative du législateur

Initié à compter d'une décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, le contrôle de l'incompétence négative du législateur consiste pour le Conseil constitutionnel à s'assurer que le pouvoir législatif ne se décharge pas sur d'autres autorités du soin de déterminer les règles

Déontologie et sécurité

et les principes qu'il lui revient de fixer en application, tout particulièrement, de l'article 34 de la Constitution. Se rend ainsi coupable d'une telle incompétence négative le législateur qui renvoie à un acte réglementaire une question relevant d'un domaine qui lui est constitutionnellement réservé sans épuiser l'intégralité de sa compétence. Caractérise pareillement une incompétence négative le fait pour le législateur d'omettre certaines garanties légales nécessaires à l'exercice de libertés publiques accordées aux citoyens. En même temps qu'il permet de sanctionner certaines carences législatives, le contrôle de l'incompétence négative du législateur n'est pas érigé en un contrôle général des lacunes, insuffisances et autres omissions du législateur. En effet, « s'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34, le grief tiré de l'incompétence négative du législateur ne peut être utilement présenté devant le Conseil constitutionnel qu'à l'encontre de dispositions figurant dans la loi qui lui est soumise et à la condition de contester les insuffisances du dispositif qu'elles instaurent » (V. notamment Cons. const., déc. n° 2008-777 DC du 28 décembre 2018). Autrement dit, le contrôle fondé sur l'incompétence négative du législateur ne peut avoir pour effet de forcer la plume du pouvoir législatif en le contraignant à se saisir de sujets étrangers à l'objet des dispositions législatives contestées devant le juge constitutionnel. Cette limite vaut autant pour le contrôle traditionnel *a priori* que pour le contrôle contemporain par voie de QPC. Aussi, la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité « que dans le cas où

Déontologie et sécurité

cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1 » (Cons. const., déc. n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012 ; Cons. const., déc. n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013 ; Cons. const., déc. n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014 ; Cons. const., déc. n° 2015-485 QPC du 2 septembre 2015). Plus précisément, à la lumière du commentaire dédié à chacune des décisions précitées sur le site du Conseil constitutionnel, plusieurs conditions cumulatives sont nécessaires au succès d'un recours fondé sur l'incompétence législative du législateur. En premier lieu, l'incompétence alléguée doit se rapporter à une disposition législative particulière et critiquer les insuffisances du dispositif institué par cette dernière. En second lieu (et en QPC seulement), l'application de la disposition législative contestée doit *per se* entraîner une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. En troisième lieu, la critique doit être bien ciblée en ce sens que l'atteinte aux droits et libertés allégués ne doit pas découler de l'application d'une autre disposition législative. Enfin, les garanties qu'il est reproché au législateur de ne pas avoir instituées dans la disposition contestée doivent être nécessaires au respect des droits et libertés allégués et ne doivent pas être mises en œuvre par d'autres dispositions législatives.

Faisant application de toutes ces conditions à la question qui lui était posée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 15 décembre 2020, le Conseil constitutionnel commence par rappeler que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Les Sages de la rue de Montpensier relèvent

Déontologie et sécurité

ensuite que les dispositions critiquées de l'article 1^{er} de la loi du 21 janvier 1995 « ont pour seul objet de reconnaître à l'Etat la mission générale de maintien de l'ordre public et non de définir les conditions d'exercice de cette mission et notamment les moyens pouvant être utilisés à cette fin ». En conséquence, « il ne peut être reproché aux dispositions législatives contestées d'encadrer insuffisamment le recours par l'État, dans le cadre de cette mission, à certains procédés de maintien de l'ordre tels que la technique dite de "l'encerclement" ». Les dispositions contestées ne portant par elles-mêmes aucune atteinte à la liberté d'aller et de venir, à la liberté individuelle, à la liberté d'expression et de communication et au droit d'expression collective des idées et des opinions, le Conseil constitutionnel écarte *in fine* tout aussi logiquement les griefs tirés de la méconnaissance de ces droits et libertés.

Après la défaite constitutionnelle, les victoires déontologique et conventionnelle ?

La QPC n'épuise pas, loin s'en faut, l'arsenal juridique à disposition des opposants à la technique de l'encagement. Les détracteurs de cette technique ont certes perdu la bataille constitutionnelle, mais ils n'ont pas pour autant perdu la guerre. À s'en tenir à la position adoptée par certaines instances protectrices des droits de l'Homme, leurs espoirs de succès ne sont d'ailleurs pas illégitimes. Dans une décision-cadre n° 2020-131 du 9 juillet 2020 relative au maintien de l'ordre, le Défenseur des droits – en la personne à l'époque de Jacques Toubon – a ainsi exhorté solennellement les pouvoirs publics à mettre un terme à la pratique d'encerclement conduisant à

Déontologie et sécurité

priver de liberté des personnes sans cadre juridique. Sur le plan européen, la Cour de Strasbourg a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la conventionnalité du *kettling* britannique (l'équivalent de notre technique d'encercllement) dans un arrêt ***Austin et autres contre Royaume-Uni en date du 15 mars 2012***. Les principes généraux dégagés dans cette décision rendue en Grande chambre sont particulièrement riches d'enseignement. En premier lieu, la police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles, sous réserve naturellement que les mesures déployées protègent l'individu contre l'arbitraire. En second lieu, les dispositions de l'article 5 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne concernent que les privations de liberté à l'exclusion des simples restrictions à la liberté de circuler. Toutefois, entre privation de liberté et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence. La nature coercitive de la mesure de confinement au sein du cordon, sa durée et ses effets sur les requérants, notamment l'inconfort physique qu'elle leur a causé et l'impossibilité dans laquelle elle les a mis de quitter la nasse, sont des éléments qui peuvent militer en faveur d'un constat de privation de liberté. Enfin, en considération de l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de la liberté de réunion dans toute société démocratique, les autorités nationales doivent se garder d'avoir recours à des mesures de contrôle des foules afin, directement ou indirectement, d'étouffer ou de décourager des mouvements de protestation. Si la mise en place et le maintien du cordon par la police ne sont ainsi pas jugés nécessaires pour prévenir des atteintes graves aux personnes ou aux biens, la mesure d'encagement ou

Déontologie et sécurité

d'encerclement peut relever, de par sa nature coercitive et restrictive, du champ de l'article 5 de la Convention avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent.

Droit de l'espace numérique

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

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

**Conseil d'État, ordonnance de référé du 12 mars 2021,
Association Interhop et autres / Doctolib**

Le traitement des rendez-vous pour la vaccination anti-Covid-19 par le site Doctolib, bien qu'hébergé par une société filiale d'une société américaine, n'est pas contraire au Règlement général sur la protection des données (RGPD).

Pour faciliter et accélérer la campagne de vaccination contre la Covid-19, le ministère des Solidarités et de la Santé a confié la gestion de prise de rendez-vous de vaccination à trois sociétés différentes, parmi elles Doctolib. Cette société héberge ses données auprès de la société de droit luxembourgeois AWS Sarl, filiale de la société américaine Amazon Web Services Inc. La société AWS est certifiée « hébergeur de données de santé » en application de l'article L. 1111-8 du Code de la santé publique.

Les données qu'elle traite sont hébergées dans des datacenters situés en France et en Allemagne. Le contrat conclu entre la société Doctolib et AWS ne prévoit pas le transfert de données pour des raisons techniques aux États-Unis. Par ailleurs, Doctolib et AWS ont conclu un *addendum* au contrat sur le traitement des données qui instaure une procédure précise en cas de demandes d'accès par une autorité publique aux données traitées pour le compte de Doctolib et qui prévoit notamment la contestation de toute demande ne

Droit de l'espace numérique

respectant pas la réglementation européenne. Enfin, pour interdire l'accès aux données par des tiers, Doctolib a également sécurisé les données hébergées par la société AWS par une procédure de chiffrement reposant sur un tiers de confiance situé en France.

Malgré ces précautions, plusieurs associations ont saisi le juge référé du Conseil d'État en vue d'ordonner la suspension du partenariat avec la société Doctolib, concernant l'hébergement des données de santé auprès d'une société américaine, au motif qu'il serait incompatible avec le RGPD (art. 44 à 48). Pour étayer leur demande, elles se sont appuyées sur le règlement mais aussi sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt Grande chambre C-311/18 du 16 juillet 2020, *Data Protection Commissioner contre Facebook Ireland Ltd et Maximillian Schrems*).

S'agissant du RGPD, les données traitées par la plateforme Doctolib seraient, selon les requérants, susceptibles de donner une indication précise sur l'état de santé de la personne et constituent des informations directement identifiantes. Ils ajoutent que les potentielles demandes d'accès aux données personnelles par les autorités américaines ne peuvent faire l'objet d'aucune opposition concrète par les sociétés américaines, que ces accès sont massifs, indiscriminés et non minimisés, et qu'elles ne peuvent faire l'objet de contrôles ou de droit d'opposition auprès d'autorités indépendantes. Ce traitement est donc, selon eux, incompatible avec le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Les requérants soulignent que, du fait de sa qualité de filiale d'une société de droit américain, la société AWS pourrait faire l'objet de demandes d'accès à certaines données de santé par les

Droit de l'espace numérique

autorités américaines, dans le cadre de programmes de surveillance fondés sur l'article 702 de la loi américaine FISA (*Foreign Intelligence Surveillance Act*) ou sur l'*Executive Order* (E.O.) 12333. Pour invalider le *Privacy Shield*, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait relevé que les activités de la NSA fondées sur l'E.O. 12333 ne font pas l'objet d'une surveillance judiciaire et ne sont pas susceptibles de recours juridictionnels.

Le FISA, du 25 octobre 1978, autorise, sous le contrôle de l'*United States Foreign Intelligence Surveillance Court* (FISC), les programmes de surveillance de type PRISM ou UPSTREAM, certifiés chaque année par l'*Attorney General* et le Directeur du renseignement national (DNI). Le programme PRISM oblige les fournisseurs de service Internet à fournir à la NSA toutes les communications envoyées et reçues par un « sélecteur », une partie d'entre elles étant également transmise au FBI et à la *Central Intelligence Agency* (CIA) (agence centrale de renseignement). En ce qui concerne le programme UPSTREAM, les entreprises de télécommunications exploitant la « dorsale » de l'Internet (réseau de câbles sous-marins, terrestres, commutateurs et routeurs) doivent autoriser la NSA à copier et à filtrer les flux de trafic Internet pour recueillir des communications envoyées par un ressortissant non américain visé par un « sélecteur », reçues par lui ou le concernant. Ces flux concernent aussi bien les métadonnées que les contenus.

L'*Executive Order* n° 12333 permet à la NSA d'accéder à des données « en transit » vers les États-Unis, en accédant aux câbles sous-marins (notamment ceux qui relient l'Europe aux États-Unis), de les recueillir et de les conserver avant qu'elles n'arrivent aux États-Unis, échappant ainsi aux règles de contrôle du FISA. Les activités

Droit de l'espace numérique

fondées sur l'E.O. 12333 ne sont pas régies par la loi. Alors que les ressortissants de l'Union européenne disposent de voies de recours dans le cadre du FISA, lorsqu'ils ont fait l'objet d'une surveillance électronique illégale à des fins de sécurité nationale, il n'en est pas ainsi dans le cadre de l'E.O 12333. Les activités de la NSA fondées sur l'E.O. 12333 ne font pas l'objet d'une surveillance judiciaire et ne sont pas susceptibles de recours juridictionnels.

Le Conseil d'État donne tort aux associations requérantes : « Les données litigieuses comprennent les données d'identification des personnes et les données relatives aux rendez-vous mais pas de données de santé sur les éventuels motifs médicaux d'éligibilité à la vaccination, les personnes intéressées se bornant, au moment de la prise de rendez-vous, à certifier sur l'honneur qu'elles entrent dans la priorité vaccinale, qui est susceptible de concerner des adultes de tous âges sans motif médical particulier. [...] le niveau de protection des données de prise de rendez-vous dans le cadre de la campagne de vaccination contre la Covid-19 ne peut être regardé comme manifestement insuffisant au regard du risque de violation du règlement général de protection des données invoqué par les requérants ».

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

**Cour de cassation, Chambre criminelle (n° 20-85.556),
arrêt n° 392 du 30 mars 2021, M. A... X...**

**La mention du nom du magistrat figurant dans la réquisition
informatique établie pour saisir la Plateforme nationale des**

Droit de l'espace numérique

interceptions judiciaires (PNIJ), qui suit le visa des articles qui imposent son autorisation et serait sans objet si celle-ci n'avait pas été donnée préalablement, a la même valeur qu'une mention expresse en procédure par procès-verbal de l'enquêteur.

Cet arrêt un peu technique illustre l'encadrement juridique des interceptions judiciaires, dans le cadre d'une enquête.

À l'occasion d'une enquête préliminaire relative à un trafic de stupéfiants, les enquêteurs ont adressé des réquisitions à la PNIJ. La chambre de l'instruction ayant rejeté la demande de la personne mise en examen qui invoquait l'irrégularité de la procédure, la Cour de cassation est saisie.

À l'appui de son pourvoi, la personne en cause produit un moyen selon lequel les réquisitions faites en enquête préliminaire aux opérateurs de télécommunication qui prennent la forme d'une consultation de la PNIJ nécessitent l'autorisation préalable du Parquet. Or, selon le requérant, la preuve de cette autorisation ne ressort pas du document généré lors de l'envoi de la réquisition à la PNIJ, à l'occasion de laquelle l'officier de police judiciaire doit mentionner le magistrat en charge de la procédure. C'est donc en violation manifeste des articles 77-1-1, 77-1-2 et 230-45 du Code de procédure pénale, et de l'article 593 du même Code, que la chambre de l'instruction a refusé d'annuler les réquisitions réalisées par ce biais, en considérant que l'autorisation du Parquet résulte de l'édition « du document généré pour chaque réquisition ainsi adressée à la PNIJ ».

Droit de l'espace numérique

LA PNIJ

Article 230-5 du CPP

« I. - Un décret en Conseil d'État, pris après avis public et motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, détermine les missions et les modalités de fonctionnement de la plateforme nationale des interceptions judiciaires.

Sauf impossibilité technique, les réquisitions et demandes adressées en application des articles 60-2, 74-2, 77-1-2, 80-4, 99-4, 100 à 100-7, 230-32 à 230-44, 706-95 et 709-1-3 du présent code ou de l'article 67 bis-2 du code des douanes sont transmises par l'intermédiaire de la plate-forme nationale des interceptions judiciaires qui organise la centralisation de leur exécution.

Les dispositions du présent code relatives au placement des enregistrements sous scellés fermés et à l'établissement d'un procès-verbal lorsqu'il est procédé à leur destruction ne sont pas applicables aux données conservées par la plateforme nationale des interceptions judiciaires.

Le décret mentionné au premier alinéa du présent I fixe également les modalités selon lesquelles les données ou correspondances recueillies en application des articles 230-32 à 230-44, 706-95-20 et 709-1-3 du présent code sont, sauf impossibilité technique, centralisées et conservées par la plate-forme nationale des interceptions judiciaires.

II. - La plateforme nationale des interceptions judiciaires est placée sous le contrôle d'une personnalité qualifiée, assistée par un comité qui comprend parmi ses membres un député et un sénateur. Les missions, la composition, l'organisation et le fonctionnement du comité sont précisés par décret en Conseil d'Etat. »

Droit de l'espace numérique

Décret n° 2017-614 du 24 avril 2017 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence nationale des techniques d'enquêtes numériques judiciaires » et d'un comité d'orientation des techniques d'enquêtes numériques judiciaires

« Article 1

Il est créé un service à compétence nationale relevant du garde des sceaux, ministre de la justice, dénommé "Agence nationale des techniques d'enquêtes numériques judiciaires". Ce service est rattaché au secrétaire général du ministère de la justice

L'agence est placée sous l'autorité d'un directeur, chef de service. L'agence peut bénéficier du concours d'agents détachés ou mis à sa disposition par d'autres ministères, notamment ceux dont les services recourent à la plate-forme nationale des interceptions judiciaires.

Article 2

L'Agence nationale des techniques d'enquêtes numériques judiciaires met en œuvre la plate-forme nationale des interceptions judiciaires prévue au chapitre VI du titre IV du livre 1er du code de procédure pénale.

[...] »

Le requérant reproche l'absence de procès-verbal indiquant le destinataire de la demande et la nature des informations demandées, conformément aux dispositions de l'article R 15-33-71 du Code de procédure pénale. Il ajoute qu'une autorisation du

Droit de l'espace numérique

Parquet d'ouvrir une enquête préliminaire ne vaut pas autorisation pour chaque réquisition susceptible d'être sollicitée par l'officier de police judiciaire durant cette enquête.

La Cour lui donne tort et rejette son pourvoi :

- en mentionnant dans le cadre « Magistrat » des formulaires de réquisition le nom d'un vice-procureur de la République, l'enquêteur a indiqué agir en conformité avec les prescriptions du Code de procédure pénale, c'est-à-dire avec l'autorisation préalable de ce magistrat, dont il doit être rappelé qu'elle n'est soumise à aucun formalisme ;
- cet accord résulte également des instructions de ce magistrat telles que rapportées dans le procès-verbal d'investigation (D13), avant les pièces relatant les premières investigations réalisées en exécution de ces instructions ;
- il était permis au procureur de la République d'autoriser de façon générale, sur le fondement de l'article 39-3 du Code de procédure pénale, dans le cadre de l'enquête préliminaire qu'il avait ordonnée, les enquêteurs à procéder à des réquisitions auprès de la PNIJ ;

Article 39-3 du CPP

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

Droit de l'espace numérique

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. »

- l'édition de la réquisition informatique vaut le procès-verbal exigé par l'article R. 15-33-71 du Code de procédure pénale ;

Article R 15-33-71 du CPP

« Toute demande de mise à disposition fait l'objet de la part de l'officier de police judiciaire d'un procès-verbal indiquant le destinataire de la demande et la nature des informations demandées.

Dans le cas prévu par l'article 77-1-2, le procès-verbal mentionne l'accord préalable du procureur de la République qui peut être donné par tout moyen. »

- la mention du nom du magistrat figurant dans la réquisition informatique établie pour saisir la PNIJ, qui suit le visa des articles qui imposent son autorisation et serait sans objet si celle-ci n'avait pas été donnée préalablement, a la même valeur qu'une mention expresse en procédure par procès-verbal de l'enquêteur.

Droit de l'espace numérique

Lieutenant Océane GERRIET

La carte nationale d'identité numérique : une réalité pour une pluralité d'enjeux

La mise en œuvre de la carte nationale d'identité électronique (CNIe) nécessite de modifier le [décret n° 55-1397 réglementant la CNI](#) pour prévoir, notamment, l'intégration du composant électronique et le [fichier des cartes identités et des passeports](#) couramment nommé « fichier TES » (fichier des titres électroniques sécurisés) qui collecte ces données. Dans une [délibération n° 2021-22 du 11 février 2021](#), la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) donne son aval, tout en se montrant réservée sur les interconnexions avec d'autres fichiers et émet des recommandations sur la sécurité du traitement.

« Multipass ! » Les fans de science-fiction reconnaîtront la référence au film de Luc Besson qui se déroule au XXII^e siècle et où l'héroïne présente ce qui s'apparente à une carte d'identité électronique. Nous ne sommes pas en 2263 et nous y sommes déjà ! Après le déploiement (avec succès) des passeports électroniques dans plus d'une centaine de pays, c'est au tour de la carte nationale d'identité de se « numériser ». L'idée d'une CNIe n'est pas nouvelle puisqu'elle est débattue depuis les années 2000. D'une part, il y a l'impérieuse nécessité de lutter contre les risques d'usurpation et de détournement d'identité. À l'heure du numérique où la donnée est devenue le nouvel or noir et où les fuites de données sont de plus en

Droit de l'espace numérique

plus courantes¹, les données d'identités n'ont jamais été aussi exposées. D'autre part, et bien que cela ne soit pas mentionné dans le décret, derrière la CNIE se joue aussi le développement de **l'identité numérique**². En effet, à l'heure où l'administration renforce sa dématérialisation et où les citoyens ont recours à de multiples comptes sur des plateformes sociales ou commerciales, l'enjeu de transparence et de sécurité de l'identité numérique n'a jamais été aussi fort³. Le [règlement 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur \(dit eIDAS\) du 23 juillet 2014](#) est venu poser une première pierre, et pas des moindres, visant à garantir la sécurité des systèmes d'identification et d'authentification numériques. C'est ce règlement qui a mené au développement de FranceConnect (un système d'identification et d'authentification offrant un accès universel aux administrations en ligne), permettant de se connecter à certains services de l'État à l'aide de quelques identifiants (notamment les impôts) et à ALICEM (application téléphonique permettant de prouver son identité sur Internet grâce à son passeport et à la reconnaissance faciale).

En tous les cas, pour en revenir à la CNIE, c'est bien le [règlement 2019/1157 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union \(...\) du 20 juin 2019](#) qui impose

1. En 2020, la CNIL déclarait qu'il y avait eu plus de 2 000 notifications de violation de données. Mais on a encore en mémoire les fuites de plusieurs millions de données chez Facebook en 2018, chez Uber en 2016, etc.

2. EYNARD, Jessica (dir.). *L'identité numérique : quelle définition pour quelle protection ?* Larcier, 2020, 212 p.

3. Sur ce point, lire le [rapport de mission parlementaire sur l'identité numérique](#).

Droit de l'espace numérique

aux États membres de mettre en place des documents d'identités biométriques sécurisés comprenant photos et empreintes digitales. Pour l'Europe, ces données diminuent le risque de fraude et renforcent *de facto* la liberté des citoyens de l'Union en permettant leur circulation. Bien évidemment, ces données doivent être sécurisées et le règlement pose ainsi des normes minimales afin de garantir une « Union plus sûre ».

Ce règlement entrant en vigueur le 2 août 2021, la France devait donc rapidement transposer ces dispositions, ce qui est chose faite avec le [décret n° 2021-279 du 13 mars 2021](#). Que modifie-t-il concrètement ?

Dans un premier temps, il vient modifier la réglementation relative à la CNI. Cette dernière liste les données collectées sur le titre d'identité et prévoit désormais la présence d'un composant électronique qui comprend ces données (y compris donc la photographie et l'empreinte digitale des doigts qui devient obligatoire sauf pour les mineurs de 12 ans), à l'exception de la signature, du code de lecture automatique⁴ et du numéro du support. En outre, le décret prévoit que la CNIe comportera un cachet électronique visible comportant certaines informations (nom, prénom, sexe, nationalité, lieu et date de naissance, type de document, numéro du titre et date de délivrance). De quoi s'agit-il

4. Qui permet de lire automatiquement les informations suivantes : le nom de famille, le ou les prénom(s), la date de naissance, le sexe et la nationalité du titulaire, le type de document, l'État émetteur, le numéro du titre et sa date de fin de validité.

Droit de l'espace numérique

exactement ? Il s'agit d'un code à barres 2D (comme un QR Code) qui encodera certaines données précitées. Enfin, le décret aligne la durée de validité des titres pour fixer celle de la CNIE à 10 ans.

Dans un second temps, il vient modifier la réglementation relative au fichier TES et c'est sur ce point que la question est plus délicate. En effet, en 2016, la Quadrature du Net avait déjà attaqué le fichier TES, estimant que la collecte de ces données d'identités biométriques alliée à la reconnaissance faciale générait une « surveillance généralisée de la population »⁵. Mais le Conseil d'État⁶ avait rejeté leurs prétentions en rappelant notamment qu'aucun dispositif de reconnaissance faciale n'était déployé. Ce n'est pas donc par hasard que **la CNIL rappelle et souligne que TES est un « fichier singulier », d'une « ampleur inégalée » et « sensible », eu égard aux « données biométriques qu'il contient »**. Sur ce point, si elle ne conteste pas le besoin légitime d'avoir recours à ce type de données pour fiabiliser l'authentification des personnes, elle rappelle que **ces données doivent être conservées « sur un support dont la personne a l'usage exclusif »**. C'est d'ailleurs la position de principe du règlement européen dans son considérant 18. Or, ce n'est pas ce qui est prévu avec leur collecte dans TES. Sur ce point, la CNIL rappelle également qu'elle était opposée à la collecte de ces données dans un traitement

5. Le fichier TES, prémisses à la reconnaissance faciale de masse, arrive devant le Conseil d'État [en ligne]. *La Quadrature du Net*. 26 septembre 2018. Disponible sur : <https://www.laquadrature.net/2018/09/26/audience-tes/>

6. CONSEIL D'ÉTAT, 10ème - 9ème chambres réunies, n° 404996, 18 octobre 2018, Inédit au recueil Lebon [en ligne]. Légifrance. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT0000037507135/>

Droit de l'espace numérique

centralisé pour les passeports électroniques, ce qui n'a pas empêché le gouvernement d'y procéder et le Conseil d'État de valider le principe, tant pour les passeports⁷ que pour la CNI⁸. Dès lors, elle estime que cette collecte ne peut être admise que dans la mesure où « des exigences impérieuses en matière de sécurité ou d'ordre public le justifient ».

La CNIL analyse ainsi **les finalités poursuivies** par le traitement TES. Elle constate un élargissement (« lutter contre l'usurpation d'identité ») mais qui n'est que le prolongement logique des finalités initiales (« permettre l'instruction des demandes relatives à ces titres et prévenir et détecter leur falsification et leur contrefaçon »). Elle souligne néanmoins qu'il convient de respecter strictement cette finalité en s'assurant que l'accès à ces données sensibles soit réservé au porteur du titre.

Ensuite, **s'agissant de la durée de conservation**, la CNIL rappelle que d'autres pays européens ont fait le choix de la CNIe et de ne pas détenir une telle base centralisée. Mieux encore, ces pays ont fait le choix de ne pas conserver les données biométriques plus de 90 jours après la délivrance ou le refus de délivrance du titre et ce, conformément aux recommandations du règlement européen. Or, la France fait le choix par défaut de détenir un tel traitement et de conserver ces données pendant 10 ans. Si l'autorité de régulation salue le passage de 15 à 10 ans de la durée de conservation, elle regrette que les justifications motivant le titre électronique

⁷. CE, Ass., 26 oct. 2011, n° 317827.

⁸. *Op. cit.* note 5, p. 28.

Droit de l'espace numérique

(diminuer le risque de fraude) n'entraînent pas, *de facto*, une réduction plus forte de la durée de conservation. Cependant, elle prend acte des nouveaux risques générés et rappelle que le Conseil d'État a déjà validé ce type de durée⁹. Néanmoins, elle souligne que les différentes subtilités sur les durées de conservation sont complexes et appelle de ses vœux à une meilleure lisibilité du dispositif, notamment lors de l'information des personnes concernées. En effet, **le décret prévoit la possibilité pour les personnes concernées de demander à ce que l'image de ses empreintes ne soit pas conservée dans le fichier TES plus de 90 jours à compter de la date de délivrance ou de refus de délivrance du titre**. Si cette information est bien communiquée aux personnes concernées, la CNIL constate qu'elles ne sont pas informées de la conservation d'une copie papier de ces données pour 15 ans. Enfin, afin de garantir le respect du choix des personnes, elle exige une suppression automatique (et non manuelle à ce jour) des données biométriques du traitement.

Dans un autre paragraphe, la CNIL revient sur les **différentes interconnexions** prévues par TES. **Sur l'interconnexion avec le fichier de vérification des titres (DOCVERIF)**, elle rappelle que TES transmet déjà des données à DOCVERIF mais de manière limitée et notamment en fonction du statut du titre (perdu, volé ou invalidé). Désormais, les données transmises font fi de ce critère au motif que la vérification de l'authenticité du titre et de la personne concernée nécessite la collecte de plus d'informations. La CNIL met en garde le ministère de ne pas créer « une base miroir » de TES

⁹ *Op. cit.* notes 5 et 6, p. 28.

Droit de l'espace numérique

dans DOCVERIF qui poursuit, lui, des finalités bien distinctes (« contrôle des titres ») et ne prévoit pas, en l'état, la collecte de ces nouvelles données. Le ministère va donc devoir rapidement se mettre en conformité sur ce point. **Sur l'interconnexion avec les logiciels de rédaction de procédure pénale de la police nationale et de la gendarmerie nationale (LRPPN/LRPGN)**, elle rappelle que sa mise en œuvre est fixée à la fin d'année 2021 et vise à recueillir les informations du titre lors de la rédaction d'une déclaration de vol. La CNIL ne remet pas en cause l'utilité « opérationnelle » de cette interconnexion, d'autant qu'elle vise également à fiabiliser les données transmises au Système d'information Schengen (SIS)¹⁰. Néanmoins, une nouvelle fois, elle constate l'élargissement des données transmises (avant, il n'y avait que le numéro du titre et son statut) et s'interroge sur la justification évoquée (vérifier que le plaignant est bien le titulaire légitime) alors qu'elle constate dans le même temps la transmission des signalements à SIS. Enfin, elle constate que, si la photographie n'est pas enregistrée dans la procédure, le ministère devra apporter plus de garanties quant au respect de ce critère.

Enfin, la CNIL se montre pointilleuse **sur la sécurité du traitement**. Premièrement, elle souligne qu'un système de chiffrement a été mis en place mais regrette que les moyens de déchiffrement soient détenus par le ministère de l'Intérieur et l'Agence nationale des titres sécurisés (ANTS). Afin de garantir que ce traitement ne soit

¹⁰. Ce fichier européen vise à permettre une politique commune de gestion des flux au sein de l'espace Schengen, notamment pour garantir la sécurité publique et comprend, à ce titre, les identités des personnes signalées.

Droit de l'espace numérique

pas utilisé comme base d'identification et afin de renforcer sa sécurité, elle recommande de scinder en deux le système de chiffrement, comme recommandé par l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI). Deuxièmement, elle appelle alors l'ANTS à étudier la possibilité de conserver les empreintes digitales sous forme de gabarits¹¹. Troisièmement, elle exige que le ministère relève le niveau d'exigence attendu pour la sécurité lorsqu'il passe des contrats de prestation. Quatrièmement, et dans le prolongement de ses interrogations sur les interconnexions, elle souhaite que les audits de sécurité intègrent cette dimension. Enfin, et pour faire écho à la position qu'elle a adoptée dans d'autres traitements, elle rappelle que la durée de conservation des traces et journaux techniques est de 6 mois, sauf à démontrer que certains risques justifient une conservation plus longue.

Pour conclure, la CNIL n'oppose pas de résistance majeure à la CNIE et au fichier TES. Elle émet mêmes des recommandations plus générales sur l'identité numérique qui n'est pas « l'objet du projet de décret soumis » mais qui répond à des besoins et problématiques sous-jacents. Comme le souligne le rapport d'information parlementaire de juillet 2020 relatif à l'identité

¹¹. Sur son site, la CNIL définit le gabarit biométrique comme « les mesures qui sont mémorisées lors de l'enregistrement des caractéristiques morphologiques (empreinte digitale, forme de la main, iris...), biologiques (ADN, urine, sang...) ou comportementales (démarche, dynamique de tracé de signature...) de la personne concernée ». Il est dit « maîtrisé » quand sa conservation est inexploitable en l'absence d'intervention ou d'action de la personne concernée.

Droit de l'espace numérique

numérique, cette notion « n'est pas simple à définir », car « à la fois sociologique et technique ». Nous évoquons en introduction le règlement eIDAS qui définit des procédures d'authentification et d'identification sécurisées, au nombre desquelles figure la signature électronique. Est-ce que notre future CNle deviendra un de ces moyens ? Si le décret présenté par le ministère de l'Intérieur n'y fait pas référence, la CNIL précise que le ministère l'a informée vouloir intégrer ce dispositif dans ALICEM et FranceConnect. À ce titre, la CNIL souligne qu'il faudra être vigilant en développant, à l'instar de l'Allemagne, des dispositifs d'identification sélectifs divulguant plus ou moins de données selon le service en cause (elle cite l'exemple de la justification de l'âge pour jouer à un jeu d'argent qui ne nécessite pas de divulguer toutes les données présentes sur le titre). Elle note également qu'il faudra veiller aux problématiques d'inclusion numérique à l'heure où tous les Français ne sont pas encore familiers de ces usages, voire ne disposent pas d'équipements¹². Des initiatives existent déjà, comme le démontrent le « pass numérique » permettant à certains publics de se former et le renforcement des enseignements numériques dans l'enseignement secondaire. Ainsi, derrière notre future CNle se dessine sans aucun doute une partie de notre future identité numérique qui se veut plus sûre et sécurisante.

¹². Voir, sur ce point, les constats de la mission « société numérique » et le plan national adopté en conséquence : <https://societenumerique.gouv.fr/plannational/>

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

**ADMINISTRATION DE SUBSTANCES NUISIBLES –
ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS**

Crim. 23 mars 2021, n° 20-81.713, publ. Bull. à venir

Un mineur de 13 ans a été admis à l'hôpital dans le coma à la suite de l'ingestion de l'infusion d'une plante. La victime a subi une incapacité totale de travail de quinze jours. La personne lui ayant remis l'infusion a été condamnée (appel confirmatif) pour administration de substances nuisibles et a formé un pourvoi en cassation en critiquant les deux éléments constitutifs du délit. L'article 222-15 du Code pénal incrimine l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui. La répression est organisée par un système de référence, puisque le législateur renvoie aux incriminations de violences volontaires ordinaires des articles 222-7 à 222-14-1 du Code pénal. L'incrimination est une synthèse des infractions d'empoisonnement et violences volontaires. Elle permet d'appréhender des agissements échappant à ces qualifications pénales en vertu de l'interprétation stricte de la loi pénale. L'empoisonnement ne peut être qualifié en l'absence de caractère mortifère de substance, alors que « les coups et blessures » de l'ancien Code pénal exigeaient un contact physique entre l'auteur des violences et sa victime, même si la terminologie du nouveau Code pénal s'en est affranchie en retenant la référence unique aux « violences ».

Du point de vue de la répression, le délit d'administration de

Actualité pénale

substances nuisibles est puni par référence aux violences en calquant les peines sur le résultat effectivement produit. Du point de vue de sa définition juridique, le délit punit « l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui », sans autre précision complémentaire. La définition légale rappelle fortement celle de l'empoisonnement, ce qui conduit à établir un parallélisme avec les éléments constitutifs de ce dernier, mais s'en distingue par son régime juridique, ce qui conduit à interroger cette proximité apparente.

Le pourvoi semble exploiter cette absence de définition légale claire afin d'obliger la Cour de cassation à en préciser les éléments constitutifs.

Le premier moyen du pourvoi porte sur l'élément matériel du délit d'administration de substances nuisibles. Si l'attention se porte généralement sur le caractère nuisible des substances, le pourvoi exploite la définition légale étroite de l'élément matériel. En effet, l'article 222-15 vise exclusivement l'acte « d'administration » de substances, contrairement à l'empoisonnement, défini à l'article 221-5, qui punit « le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort ». La jurisprudence donne un champ d'application fort large à l'empoisonnement et semble distinguer en son sein l'administration, l'action directe consistant à faire prendre à la victime le poison, alors que l'emploi se situe en amont et englobe les actes de préparation et de mise à disposition des substances mortifères. Le pourvoi exploite cette différence de rédaction lorsqu'il critique la caractérisation du délit en l'absence de l'élément matériel retenu « sans relever le moindre acte matériel d'administration de

Actualité pénale

l'infusion », alors que l'ingestion avait eu lieu en dehors de la présence de la personne condamnée. La Chambre criminelle écarte sans ambiguïté cette critique en affirmant : « la remise à son destinataire de l'infusion contenant la plante toxique préparée par le prévenu, peu important que l'ingestion de celle-ci ne soit intervenue qu'ultérieurement et hors sa présence » caractérise l'élément matériel du délit. Elle donne ainsi une définition large à l'administration, en retenant une remise directe ou indirecte de la substance, conforme à sa définition étymologique et à l'interprétation jurisprudentielle déjà retenue (Crim. 10 janvier 2006, Bull. n° 11). La seule exigence semble imposer un comportement positif, le délit est une infraction de commission et ne peut être constitué par une simple abstention.

Même si la Cour de cassation ne revient pas sur les autres caractéristiques de l'élément matériel, il est utile de les rappeler. L'article 222-15 punit l'administration de substances nuisibles ayant entraîné un résultat effectif, allant de la mort de la victime à une incapacité totale de travail de diverses durées. Apparaît ici la différence essentielle entre l'empoisonnement et l'administration de substances nuisibles qui, pourtant, obéissent à une inspiration commune. L'empoisonnement est une infraction formelle qui n'exige pas de résultat pour être juridiquement qualifiée, car il punit « le fait d'attenter à la vie d'autrui », pas d'y porter effectivement atteinte comme dans le cadre d'un homicide volontaire, par l'administration de « substances de nature à entraîner la mort », sans exiger que cette issue fatale survienne. Il suffit que la substance soit mortifère, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit mortelle. En revanche, l'administration de substances nuisibles est une infraction matérielle qui exige un résultat effectivement

Actualité pénale

préjudiciable pour la victime, même s'il est de gravité variable, allant de la mort à une incapacité totale temporaire de travail. La substance doit être nuisible et entraîner un résultat effectif, elle ne peut pas être simplement nocive puisque l'absence de résultat empêche la qualification pénale. La Cour de cassation ne rappelle pas ces éléments, car ils ne posaient pas de difficulté en l'espèce. La substance administrée était nuisible, car connue comme étant une drogue, et la victime avait subi une incapacité totale de travail de quinze jours. Un lien de causalité entre l'administration des substances et le dommage subi par la victime permet d'entrer en voie de condamnation.

Le second moyen critique l'élément moral du délit d'administration de substances nuisibles. L'article 222-15 ne définit pas l'élément moral, mais le délit est nécessairement intentionnel. Non seulement en vertu de l'article 121-3, alinéa premier, qui postule les crimes et délits intentionnels, sauf exception expressément prévue par le législateur dans ce dernier cas, mais aussi par parallélisme avec l'empoisonnement. L'intention recouvre-t-elle un dol spécial ou se compose-t-elle exclusivement d'un dol général ?

Le dol général recouvre la conscience de l'interdiction et la volonté de violer la loi pénale. Le dol spécial se caractérise par la volonté d'obtenir le résultat spécifique interdit par la loi pénale, mais il ne se confond pas avec le mobile qui couvre la raison personnelle de l'auteur de l'infraction. L'apport de l'arrêt du 23 mars 2021 est essentiel à cet égard.

Le pourvoi soutenait que l'élément moral du délit se caractérisait par « un dol spécial, lequel réside dans la conscience doublée de volonté de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique

Actualité pénale

d'autrui ». Les juges du fond ayant retenu simplement la « connaissance du caractère toxique » de la substance préparée, sans volonté d'intoxication de la victime, ne se seraient pas conformés aux exigences de l'article 222-15. La Cour de cassation rejette la critique sans ambiguïté et conforte l'interprétation large de l'élément intentionnel déjà retenue (Crim. 10 janvier 2006, Bull. n° 11). « L'élément intentionnel du délit prévu à l'article 222-15 du code pénal résulte de la connaissance, par l'auteur, du caractère nuisible de la substance qu'il administre ». Sans entrer dans la polémique de savoir si cela correspond au dol général ou au dol spécial, la doctrine récente contestant cette distinction, la Chambre criminelle donne une définition minimale de l'élément moral, le réduisant à la simple connaissance du caractère nuisible de la substance. Si cette définition a le mérite d'être simple et claire, elle fait naître un doute et ravive une des polémiques les plus importantes du droit pénal contemporain, polémique née de l'affaire du « sang contaminé » qui a dû se prononcer sur la responsabilité pénale des responsables politiques, administratifs, sanitaires, médecins lors de l'administration de produits sanguins contaminés par le virus HIV à des malades en toute connaissance de cause. Même si la qualification juridique envisagée était l'empoisonnement, la question de la définition de l'élément moral se posait dans des termes identiques, le parallélisme de la définition juridique produisant ici tous ses effets.

Une première interprétation favorisait la place de l'article 221-5 dans le cadre des atteintes volontaires à la vie et ramenait la définition de son élément moral à des paramètres communs en la matière. L'intention était constituée par la volonté de donner la

Actualité pénale

mort à la victime.

Au contraire, la deuxième interprétation faisait droit à la nature autonome de l'empoisonnement, qui n'est pas un homicide volontaire aggravé, mais une infraction spécifiée, et tire les conséquences de sa nature d'infraction formelle qui se détache de la prise en compte du résultat. Dans ce cas, l'élément moral serait constitué par la simple connaissance de la nature mortifère de la substance administrée. Dans un des arrêts les plus célèbres du droit pénal (Crim. 18 juin 2003, Bull. n° 127), la Cour de cassation a décidé que « le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres atteintes volontaires à la vie ». Elle exige ainsi l'*animus necandi*, le dol spécial caractérisant les infractions d'atteintes à la vie, alors même que l'empoisonnement n'exige pas une atteinte effective à la vie, puisqu'il constitue un attentat porté à la vie par l'administration d'une substance pouvant potentiellement causer la mort, mais sans exiger ce résultat.

Il aurait été compréhensible que la Cour de cassation transpose ce raisonnement à l'administration de substances nuisibles, diminutif de l'empoisonnement. On administre la substance car on souhaite infliger un dommage à la victime en connaissance du caractère « nuisible » de la substance. Mais la Cour de cassation choisit d'aller à l'encontre de la logique interne de l'article 222-15 et de la logique de l'ensemble des interprétations des articles 222-15 et 221-5 du Code pénal. « La connaissance du caractère nuisible de la substance » suffit, il n'est pas nécessaire de vouloir porter atteinte à la victime. Cette lecture répressive déstabilise le lecteur, non en raison de sa sévérité, mais en raison de sa rédaction et de sa signification.

Actualité pénale

Les termes employés contiennent une gradation de nuances, sinon une apparente contradiction. La connaissance du caractère nocif d'une substance peut suffire, car elle signifie que le résultat effectif est indifférent à la répression. Cette interprétation était logique et souhaitable dans le cadre du sang contaminé. En revanche, la connaissance du caractère « nuisible » porte en elle-même la volonté de porter atteinte à l'intégrité de la victime. En effet, si on connaît le caractère « nuisible », qui porte atteinte à l'intégrité et ne se contente pas d'une simple potentialité, la logique veut que l'on soit motivé par la volonté de porter cette atteinte effective à la victime. Si la logique réunit les deux aspects, la qualification pénale impose de les distinguer et, surtout, de les caractériser. La connaissance du caractère nuisible de la substance constitue le dol général de l'infraction. La volonté de porter atteinte à la victime constitue le dol spécial. Si le dol spécial englobe le dol général et fait l'économie de sa preuve lorsqu'il est caractérisé, l'inverse n'est pas vrai. Le dol général ne comprend pas le dol spécial qui doit faire l'objet d'une constatation distincte. Or, la Cour de cassation choisit de retenir le dol général pour l'administration de substances nuisibles, alors même que la rédaction de l'article 221-15 exige la recherche d'un dommage effectif. Si cette observation rédactionnelle semble plus facile à écarter, tel n'est pas le cas de l'étude de cette décision au sein des infractions de référence. L'administration de substances nuisibles se caractérise par « la connaissance du caractère nuisible des substances », ce qui semble conforme à son rapprochement avec les violences volontaires mais contredit ouvertement son rapport avec l'empoisonnement. Les violences volontaires, définies aux articles 222-7 s., se caractérisent par un dommage effectif, mais l'élément intentionnel est constitué

Actualité pénale

par la volonté d'infliger un dommage à la victime, sans qu'il soit possible de le quantifier préalablement. En d'autres mots, l'intention est constituée par la volonté d'infliger les violences ayant entraîné le dommage respectif, indépendamment du dommage recherché ou imaginé par l'auteur. La définition retenue par la Chambre criminelle dans son arrêt du 23 mars 2021 va dans le même sens puisque les juges du fond s'étaient assurés du fait que l'auteur connaissait les effets de la drogue administrée, l'ayant lui-même expérimentée. En revanche, la définition de l'élément intentionnel de l'administration de substances nuisibles s'écarte considérablement de la définition de l'élément moral retenu dans l'arrêt du « sang contaminé ». En écartant expressément la volonté de l'individu de porter atteinte à l'intégrité de la victime et en se contentant de la simple connaissance de la nature nuisible de la substance, la Cour de cassation l'oppose formellement à sa position réductrice en matière d'empoisonnement, ce qui conduit à poser une question de politique criminelle.

L'arrêt du 23 mars 2021 retenant une définition large de l'élément moral constitué par la simple connaissance du caractère « nuisible » des substances est justifié du point de vue de sa rédaction et des principes généraux du droit. Dès lors, il semble démontrer, une fois de plus s'il en était besoin, que l'arrêt rendu le 18 juin 2003 dans l'affaire du sang contaminé était un arrêt de politique criminelle justifié par des raisons d'opportunité, mais qui a introduit une instabilité et une incertitude en la matière.

Actualité pénale

**PEINE – SUSPENSION DE PEINE POUR RAISON
MÉDICALE GRAVE**

Crim. 3 mars 2021, n° 20-81-692, publ. Bull. à venir

Un individu a été condamné à dix-huit ans de réclusion criminelle assortie d'une période de sûreté de neuf ans pour entente en vue de commettre plusieurs crimes et violences ayant entraîné la mort et à une peine de treize ans assortie d'une période de sûreté de moitié pour association de malfaiteurs terroriste. Il a bénéficié d'une suspension de peine pour raison médicale. Cinq ans après, il a formé une demande de libération conditionnelle accueillie par les juges de première instance et confirmée en appel. Le ministère public a formé pourvoi contre cette décision. La modification de la suspension de peine pour raison médicale en libération conditionnelle doit-elle se soumettre aux conditions de la première ou de la seconde modalité d'exécution de la peine, dans la mesure où les deux types d'aménagement semblent incompatibles du point de vue de leur application à la mesure de sûreté ?

L'article 720-1-1 prévoit une suspension exceptionnelle pour raison médicale « pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention ». Cette mesure est largement applicable puisqu'elle peut intervenir « quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée ».

La libération conditionnelle est une modalité d'aménagement de la

Actualité pénale

fin de la peine et est accordée pour favoriser la réinsertion des individus et lutter contre la récidive, selon l'article 729 du Code de procédure pénale. Si la libération conditionnelle peut intervenir, en principe, à partir de la moitié de la peine exécutée, cette demande est soumise aux règles de la période de sûreté. En effet, l'article 132-23 du Code pénal prévoit que « le condamné ne peut bénéficier, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle ». L'article 729, dernier alinéa, prévoit expressément que la libération conditionnelle peut être accordée dans le cadre de la suspension pour raison médicale, sans condition quant à la durée de la peine accomplie, mais impose une condition de forme : « à l'issue d'un délai d'un an après l'octroi de la mesure de suspension, une nouvelle expertise établit que son état de santé physique ou mentale est toujours durablement incompatible avec le maintien en détention et si le condamné justifie d'une prise en charge adaptée à sa situation », mais n'envisage pas son articulation avec la période de sûreté.

Dès lors, l'espèce posait une question intéressante. La suspension médicale avait été accordée, indépendamment de la période de sûreté, puisque cette condition y était étrangère. Mais à partir du moment où le condamné formule une demande de libération conditionnelle, doit-on appliquer les règles de droit commun et la refuser car incompatible avec la période de sûreté ?

Le pourvoi développait trois arguments qui semblaient juridiquement solides. D'une part, l'article 729 du Code de procédure pénale est d'interprétation stricte, principe à valeur constitutionnelle qui s'impose avec une force exceptionnelle en

Actualité pénale

droit pénal. L'article prévoit la suspension de la peine par rapport à la durée déjà accomplie, mais garde le silence sur la période de sûreté, ce qui semble exclure cette dernière hypothèse du champ d'application du texte. D'autre part, si l'articulation de la période de sûreté (article 729) et de la suspension de peine pour raison médicale (article 721-1-1) n'est pas spécialement prévue par le législateur, c'est parce qu'il entend appliquer le droit commun représenté par l'article 721-2 (remarquer la suite logique et numérique des articles) qui prévoit que la libération conditionnelle n'est pas applicable à la période de sûreté. Enfin, l'article 730-2-1 prévoit un régime particulier de libération conditionnelle aux condamnés pour des infractions à caractère terroriste en imposant de recueillir l'avis d'une commission chargée de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de la personne condamnée.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en imposant une analyse unitaire de la suspension de la peine pour raison médicale et en gommant toutes les autres spécificités des infractions commises ou des condamnations prononcées. Elle reprend le raisonnement proposé par les juges du fond et applique une cascade d'exceptions qui rendent le droit difficilement lisible. L'article 729, dernier alinéa, permettant la libération conditionnelle d'une personne ayant bénéficié d'une suspension médicale de peine est une exception à l'article 720-2 qui l'exclut, par principe. Il constitue « le prolongement nécessaire » de l'article 720-1-1 qui autorise la suspension médicale de peine et qui est aussi une exception à l'article 720-2. L'articulation des deux exceptions mettrait ainsi hors jeu le principe de l'exclusion de la libération conditionnelle pendant la période de sûreté. Une fois de plus, l'union fait la force ! Mais plus

Actualité pénale

que l'argument purement juridique, l'argument pragmatique d'observation de la situation semble emporter l'adhésion de la Chambre criminelle. Elle reprend le constat des juges du fond selon lequel « il serait peu cohérent de venir opposer une période de sûreté à un condamné libre depuis plus d'un an et dont il est établi qu'il est atteint d'une pathologie engageant son pronostic vital ou que son état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention ». Il est possible de noter que la Chambre criminelle descend de plus en plus dans l'observation des faits et ne se contente plus de l'analyse théorique juridique de la situation juridique. La décision des juges du fond lui permet de formuler deux nouvelles règles qui recouvrent deux exceptions.

D'une part, la suspension de peine pour raison médicale peut intervenir pendant la période de sûreté et elle peut prendre toute forme, y compris celle de la libération conditionnelle. Elle constitue donc une exception au régime de droit commun de la période de sûreté du point de vue de la condamnation prononcée.

D'autre part, la suspension de peine pour raison médicale donnant lieu à une libération conditionnelle échappe au régime d'exception imposé pour les infractions terroristes et ne s'accompagne pas des modalités particulières, notamment l'évaluation pluridisciplinaire. Elle permet donc un retour au régime de droit commun de l'infraction commise, le caractère terroriste étant gommé par l'état de santé du condamné.

En conséquence, il convient de retenir que la suspension de peine pour raison médicale est un régime de faveur accordé à la personne qui souffre d'une pathologie grave et que les juges opèrent des choix entre les règles applicables afin d'exprimer le privilège

Actualité pénale

accordé par le législateur aux personnes condamnées.

TECHNIQUE DE L'ENCERCLEMENT DANS LE CADRE DU MAINTIEN DE L'ORDRE¹

Conseil constitutionnel n° 2021-889 QPC du 12 mars 2021

Le Conseil constitutionnel a été saisi de la constitutionnalité de la technique d'encerclement dont l'usage ne serait pas accompagné de garanties suffisantes. Cette technique, consistant à encercler certains individus et à les circonscrire dans un espace confiné pour les isoler au sein de la foule afin de prévenir les troubles, s'inscrit dans le cadre des techniques de maintien de l'ordre et est souvent utilisée lors des manifestations.

Les auteurs de la QPC soutiennent une double méconnaissance de la compétence du législateur et de « la liberté individuelle, la liberté d'aller et de venir, la liberté de communication et d'expression ainsi que [du] droit d'expression collective des idées et des opinions ». D'une part, « faute d'avoir prévu des garanties suffisantes en cas d'usage par les forces de l'ordre de la technique dite de "l'encerclement" », le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence, car en s'abstenant de définir les conditions du recours cette technique, il ne permet pas de s'assurer de la proportionnalité des atteintes que son usage est susceptible de porter à ces libertés. D'autre part, cette technique de maintien de l'ordre méconnaît directement les libertés mises en cause dans le cadre de la

¹. Voir également *supra*, rubrique « Déontologie et sécurité », p. 5.

Actualité pénale

compétence législative. La QPC porte sur les mots « et de l'ordre publics » dans le cadre de l'article 1^{er} de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Dans sa rédaction initiale, elle contenait deux alinéas selon lesquels : « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives.

L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens. »

Elle a été enrichie d'un troisième alinéa par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure disposant « Il associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par décret, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou œuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes ».

Avant d'examiner la réponse apportée par le Conseil constitutionnel, il convient de rappeler que cet article a été entièrement abrogé par ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure.

Il constitue aujourd'hui l'article L 111-1 du Code de la sécurité publique, clé de lecture des principes généraux encadrant la sécurité intérieure. Cela appelle deux remarques. D'une part, le droit à la sécurité a valeur constitutionnelle, même s'il est formellement rappelé dans la partie législative d'un Code. D'autre part, même si la disposition sur laquelle porte la décision du Conseil constitutionnel

Actualité pénale

a été formellement abrogée, il s'agit d'une « fausse abrogation », car elle couvre une codification à droit constant qui permet de maintenir la règle en vigueur en veillant à sa continuité.

Le Conseil constitutionnel écarte les deux critiques pour des raisons différentes. La première critique de la méconnaissance du législateur est soumise à une condition restrictive, car elle ne peut être invoquée que lorsqu'elle appuie la méconnaissance d'une liberté garantie par la Constitution, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Les dispositions contestées investissent l'État de la mission générale d'assurer la sécurité sur l'ensemble du territoire national, dans le cadre de laquelle il doit notamment veiller au respect de l'ordre public. Il n'est donc pas possible de lui reprocher de ne pas encadrer suffisamment les conditions d'exercice et les moyens pouvant être utilisés à cette fin, parmi lesquels l'encerclement. Le rejet de cette première critique appelle, par voie de conséquence, le rejet du second reproche. Le législateur ne peut se voir reprocher la méconnaissance de sa compétence que si elle affecte d'autres libertés ou droits constitutionnellement garantis. Par conséquent, cela signifie qu'aucune autre valeur constitutionnelle n'est mise en cause par l'usage de la technique d'encerclement qui est déclarée conforme à la Constitution.

Il peut être utile de rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a jugé la technique de maintien à l'intérieur d'un cordon de sécurité pendant plus de sept heures comme étant compatible avec les garanties européennes et, plus particulièrement, avec l'article 5, dans sa décision du 15 mars 2012, *Austin et autres c/ Royaume-Uni*. La Cour rappelle le but de maintien de l'ordre de cette technique d'encerclement et insiste sur sa

Actualité pénale

nécessité et proportionnalité afin qu'elle ne soit pas considérée comme une privation ou restriction de liberté injustifiée. Mais elle reconnaît aussi que la police dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption des décisions opérationnelles. Le contexte (manifestation, foule, éventuelles infractions) constitue un élément privilégié dans l'utilisation de cette technique.

**SECRET DE L'ENQUÊTE – ENREGISTREMENT D'UN
CONTRÔLE PAR DES JOURNALISTES**

Crim. 9 mars 2021, n° 20-83.304, publ. Bull. à venir

Une équipe de la Direction départementale de la protection des populations (DDPP), composée d'un inspecteur de la santé publique vétérinaire, d'un inspecteur du ministère de l'Agriculture et d'un inspecteur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, a procédé à un contrôle dans un restaurant, contrôle filmé par des journalistes présents sur place à cet effet. Cette équipe a établi un procès-verbal constatant quatre infractions, dont une seule a été poursuivie et donné lieu à déclaration de culpabilité – le délit de pratique commerciale trompeuse par suite de la mention, sur les cartes et menus, d'une origine inexacte de spécialités de la mer, d'une viande et d'un fromage. La société condamnée a demandé la nullité de la procédure pour violation du secret de l'enquête par les agents de la DDPP. La Cour de cassation casse l'arrêt de condamnation et fait droit à sa demande.

L'article 11 du Code de procédure pénale dispose « sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est

Actualité pénale

secrète ». Les juges ont refusé de constater la nullité de la procédure en considérant que l'obligation de secret professionnel ne s'impose pas aux agents de la DDPP et en opérant une distinction avec les services de police judiciaire. Cette distinction serait fondée sur le fait que les agents de la DDPP « procèdent non à des enquêtes mais à de simples contrôles qui n'aboutissent que rarement à des poursuites, mais plus souvent à de simples avertissements ou à des transactions, de sorte que si la discrétion est souhaitable, le contrôle fait en présence de caméra ne viole ni le secret de l'enquête ni aucune forme prescrite par la loi à peine de nullité », contrairement aux « enquêteurs agissant en flagrance, en préliminaire ou sur commission rogatoire qui sont soumis à l'article 11 du code de procédure pénale » et dont la présence d'une équipe d'enquêteurs à leur côté « serait de nature à vicier la procédure ». En effet, la Cour de cassation a admis (Crim. 10 janvier 2017, n° 16-84740, commenté dans *La veille juridique* n° 54, janvier 2017, p. 33-36) que, par principe, tout acte d'enregistrement de la perquisition par un tiers constitue une atteinte au secret de l'enquête, non seulement par le moyen utilisé destiné à en assurer la diffusion et la publicité, mais par le simple fait qu'un tiers non autorisé par le Code de procédure pénale assiste à ces opérations. De plus, elle en fixe les conditions en mettant en exergue le cadre de l'enregistrement, puisque cet acte est concomitant à l'accomplissement de la perquisition, mais aussi ses effets, car cet acte porte atteinte aux intérêts de la personne qu'il concerne. La nullité devient ainsi automatique et la personne ayant subi cette situation n'a pas besoin d'apporter la preuve des conséquences négatives de ce comportement sur sa situation juridique. Si la Cour de cassation a dessiné ce cadre strict et rigoureux à l'égard des enquêteurs

Actualité pénale

agissant dans le cadre d'une enquête de police, peut-elle l'appliquer à d'autres personnes investies de prérogatives de police judiciaire ? L'article 11 impose le secret au cadre procédural de l'enquête de police et de l'instruction. L'alinéa 2 soumet toute personne qui concourt à cette procédure au secret professionnel, en application des articles 226-13 s. du Code pénal. Il est intéressant de voir que l'article 11 contient une balance entre la détermination objective du secret de l'enquête par rapport à son cadre (alinéa 1) et la désignation subjective des personnes soumises au secret professionnel en raison de leur participation à cette procédure (alinéa 2). La police judiciaire est désignée par le Code de procédure pénale par sa fonction, puisqu'elle est chargée « 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 » (article 14) et se compose des officiers, fonctionnaires et agents désignés (article 12). L'article 28 du Code de procédure pénale soumet les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire aux mêmes conditions et limites fixées par la loi aux procédures dans lesquelles ils interviennent. Dès lors, la règle formulée par la Chambre criminelle semble évidente : « les agents ou fonctionnaires auxquels les lois spéciales mentionnées à l'article 28 du code de procédure pénale attribuent des pouvoirs de police judiciaire sont soumis au secret de l'enquête ». En l'espèce, les fonctionnaires de la DDPP sont considérés comme étant investis de pouvoirs de police judiciaire en vertu du Code de la consommation. Les articles L 511-3 s. de ce Code prévoient que les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités à rechercher et constater

Actualité pénale

les infractions ou les manquements aux règles de la concurrence, alors que des fonctionnaires de catégorie A de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, spécialement habilités à cet effet par le ministre de la Justice, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires pour rechercher et constater certaines infractions. Dès lors que l'équipe de la DDPP se trouve soumise au secret de l'enquête en vertu de ces pouvoirs de police judiciaire, la Cour de cassation en tire les conclusions du point de vue de la validité procédurale de l'acte effectué. Cela signifie que « la présence d'un tiers ayant obtenu d'une autorité publique l'autorisation de capter, par le son ou l'image, fût-ce dans le but d'informer le public, le déroulement des actes d'enquête auxquels procèdent ces agents ou fonctionnaires, constitue une violation de ce secret ».

La solution porte trois enseignements intéressants. D'une part, la seule présence concomitante d'un tiers non autorisé à la procédure constitue la violation du secret de l'enquête imposé par l'article 11. D'autre part, le droit du public à l'information et la liberté de la presse ne permettent pas de faire disparaître ce reproche et ne constituent pas une autorisation de la loi légitimant l'atteinte. Enfin, le secret de l'enquête s'attache au cadre procédural dans lequel on intervient autant qu'à la qualité de la personne qui s'y trouve soumise. Ainsi, les officiers et agents de police judiciaire s'y trouvent naturellement, mais pas exclusivement, soumis. Les personnes qui exercent des pouvoirs de police judiciaire sont attirées dans la sphère du secret protégé. Le champ d'application du secret de l'enquête de l'article 11 est ainsi objectivement déterminé, par rapport aux pouvoirs exercés, et pas subjectivement, par rapport aux qualités personnelles des agents. La Cour de cassation en tire la

Actualité pénale

conclusion nécessaire : « Une telle violation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée ». Elle y attache donc la même automaticité de conséquences qu'à l'égard des agents de police judiciaire, aboutissant à une interdiction absolue de l'utilisation de ces pratiques. Ainsi, le raisonnement de la Cour d'appel qui considère que la société condamnée « ne justifie d'aucun grief tiré de la forme des constatations puisque le procès-verbal du contrôle, mené exclusivement sur pièces et documents, ne s'appuie sur aucun élément testimonial qui aurait pu être dicté par l'émotion due à la présence d'une caméra » se trouve invalidé. La simple présence de l'équipe de journalistes lors du contrôle constitue une atteinte aux droits de la défense et justifie la nullité de la procédure.

La cassation est aussi prononcée sur le deuxième moyen qui sera simplement signalé, sans aucun approfondissement, car devenu classique aujourd'hui. L'article 121-2 du Code pénal permet d'engager la responsabilité pénale de la personne morale sur le fondement d'une infraction commise pour son compte par un de ses organes ou représentants. En l'espèce, les juges n'ont identifié ni l'organe ou le représentant auteur matériel de l'infraction, ni le manquement qui était retenu à son encontre. Cette désignation étant insuffisante, elle appelle la cassation, car les conditions d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale ne sont pas remplies.

Actualité pénale

**MANDAT D'ARRÊT EUROPÉEN – DIALOGUE ET
CONTRADICTION ENTRE COURS SUPRÊMES**

Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 17 mars 2021, C-488/19

La CJUE a rendu un arrêt, le 17 mars 2021, afin de répondre à une question préjudicielle posée par une juridiction irlandaise à propos d'un mandat d'arrêt européen (MAE) d'exécution de peine. Un ressortissant lituanien a été condamné en Norvège pour trafic de stupéfiants. Remis à la Lituanie pour qu'il exécute sa peine, l'individu a bénéficié d'une libération conditionnelle. En violant ses obligations, il a pris la fuite et s'est rendu en Irlande. Les autorités lituaniennes ont émis un MAE à son encontre. Son exécution est contestée par l'individu en fuite, car le MAE n'émane pas du pays ayant prononcé la condamnation. L'Irlande transmet deux questions préjudicielles à la CJUE.

La première question porte sur l'exécution d'un MAE émanant d'un État membre de l'UE, la Lituanie, alors même que l'État ayant prononcé la condamnation n'en fait pas partie (Norvège). Le MAE se fonde successivement sur une décision judiciaire nationale, nécessairement distincte de la décision d'émission du MAE. La première décision judiciaire émane d'une juridiction ou d'une autorité judiciaire d'un État membre, mais pas d'un État tiers. Cela signifie que la condamnation prononcée par un État tiers ne peut constituer le fondement du MAE. Toutefois, lorsqu'un acte d'une juridiction d'un État membre lui reconnaît une telle valeur, il semble remplir les conditions requises pour être le fondement du MAE. Or,

Actualité pénale

la Norvège et la Lituanie sont liées par un accord bilatéral de reconnaissance des décisions judiciaires. Ainsi, la Lituanie a donné force exécutoire à la décision judiciaire norvégienne et a fondé l'aménagement de son exécution, la libération conditionnelle, sur cette décision. De plus, la Cour considère que, dans le cadre de l'exécution d'une peine privative de liberté, la condition que la décision émane d'un État membre est soumise à une plus large interprétation qui conduit le juge à s'assurer du respect des droits fondamentaux, quelle que soit l'autorité ayant prononcé la décision. La CJUE décide « un mandat d'arrêt européen peut être émis sur le fondement d'une décision judiciaire de l'État membre d'émission qui ordonne l'exécution, dans cet État membre, d'une peine prononcée par une juridiction d'un État tiers lorsque, en application d'un accord bilatéral entre ces États, le jugement en question a été reconnu par une décision d'une juridiction de l'État membre d'émission. Toutefois, l'émission du mandat d'arrêt européen est soumise à la condition, d'une part, que la personne recherchée ait été condamnée à une peine privative de liberté d'au moins quatre mois et, d'autre part, que la procédure ayant conduit à l'adoption dans l'État tiers du jugement reconnu par la suite dans l'État membre d'émission ait respecté les droits fondamentaux et, en particulier, les obligations découlant des articles 47 et 48 de la Charte. »

La seconde question préjudicielle porte sur le fait de savoir si le MAE est justifié par un rattachement territorial minimal à l'Union européenne ou s'il peut s'en détacher totalement. En l'espèce, l'infraction avait été commise en Norvège, mais des actes préparatoires avaient été effectués en Lituanie, permettant un mince ancrage européen des faits. Or, l'absence de lien de la commission de l'infraction avec le territoire de l'UE constitue un

Actualité pénale

motif facultatif de refus d'exécution du MAE que l'individu poursuivi souhaitait exploiter. Pour répondre à cette question, la CJUE rappelle les objectifs du MAE. Il construit l'espace de liberté, sécurité et justice européen fondé sur un degré de confiance élevé en évitant les lourdeurs de l'extradition et les risques d'impunité. La CJUE considère que la question de savoir « si cette infraction a été commise "hors du territoire de l'État membre d'émission" doit être résolue en prenant en considération la compétence pénale de cet État tiers, en l'occurrence le Royaume de Norvège, qui a permis de poursuivre cette infraction, et non celle de l'État membre d'émission ». La question de savoir si la commission des actes préparatoires sur le territoire de la Lituanie, donc de l'UE, n'est pas pertinente dans la mesure où la Lituanie s'est contentée de reconnaître le jugement norvégien sur la commission de l'infraction et ne s'est pas penchée elle-même sur une éventuelle qualification pénale des actes préparatoires.

**COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, 25
MARS 2021, BIVOLARU ET MOLDOVAN C/ FRANCE –
DROITS FONDAMENTAUX**

M. Moldovan est condamné en Roumanie pour des faits de traite des êtres humains commis en Roumanie et en France. Après son procès, il retourne en France où il faisait l'objet d'un contrôle judiciaire. La Roumanie émet un MAE à son encontre. Il est appréhendé lors de son contrôle judiciaire. Il s'oppose à l'exécution en raison des conditions de détention en Roumanie. Les juridictions sollicitent des informations complémentaires sur ce point et, à leur lumière, autorisent la remise aux autorités roumaines en exécution du MAE.

Actualité pénale

M. Bivolaru, leader d'un mouvement spirituel, a fait l'objet de poursuites pénales. Il a obtenu l'asile politique en Suède, mais a été condamné en Roumanie pour rapport sexuel avec mineur. Les autorités roumaines ont émis un MAE à son encontre. Il a été appréhendé à Paris, alors qu'il circulait sous une fausse identité, muni de papiers bulgares. Il s'oppose à l'exécution de son MAE en raison des traitements inhumains et dégradants qu'il risque de subir en Roumanie lors de l'exécution de sa peine pour des motifs politiques et religieux. Les juridictions françaises ont ordonné l'exécution du MAE en constatant que M. Bivolaru a été condamné pour une infraction de droit commun, que le statut de réfugié ne s'opposait pas à cette exécution et qu'il ne leur appartenait pas d'examiner les conditions de détention en Roumanie.

Si l'affaire semble poser une question ordinaire d'exécution des MAE et des peines, en réalité, elle soulève une question essentielle d'articulation des règles de l'UE et du Conseil de l'Europe et d'exercice de contrôle par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Même lorsque les États adhèrent à l'UE, ils restent tenus de leurs engagements à l'égard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHLF), faisant partie de l'ordre constitutionnel européen. Si l'UE accorde aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle assurée par la Convention, il est possible de présumer que les États respectent leurs obligations lorsqu'ils exécutent les engagements pris en vertu de leur adhésion à l'UE. La CEDH vérifie les conditions d'application de la présomption de protection équivalente. En l'espèce, elle doit vérifier que l'exécution du MAE ne donnait pas lieu à une insuffisance manifeste de protection des droits garantis par la

Actualité pénale

CSDHLF et si la remise était contraire à l'article 3 CSDHLF interdisant les traitements inhumains et dégradants. Pour cela, elle doit se pencher sur « un risque réel et individualisable de violation de droits ».

Pour M. Moldovan, la CEDH conclut à la violation de l'article 3 par l'exécution du MAE par la France. La Cour procède en deux temps. Dans un premier temps, la CEDH constate que les systèmes juridiques européens offrent une protection similaire. Il y a présomption de protection équivalente, car deux conditions sont remplies. D'une part, les autorités nationales ne disposent pas de marge nationale d'appréciation, puisque les conditions du MAE sont définies par les textes et précisées par la jurisprudence, et les autorités judiciaires nationales ne bénéficient d'aucune autonomie. La seconde condition tient au déploiement de l'intégralité des potentialités de contrôle offertes par le droit de l'UE. Elle peut être considérée comme remplie ici, car ce point ne soulevait pas de difficulté particulière justifiant un renvoi préjudiciel à la CJUE. Dès lors que ces deux conditions sont remplies, la CEDH est fondée à rechercher « une insuffisance manifeste susceptible de renverser cette présomption », auquel cas le respect de la Convention l'emporterait sur la coopération internationale. Donc, la spécificité du MAE devrait se plier à l'article 3 CSDHLF. La CEDH remarque que les informations fournies par les autorités roumaines relatives aux conditions de détention de M. Moldovan ne pouvaient pas écarter un risque réel et sérieux de traitement inhumain et dégradant (l'établissement pénitentiaire offrait des conditions de détention insalubres, superficie disponible par détenu inférieure à 3 m², etc.). Ces bases factuelles solides renversaient la présomption de

Actualité pénale

protection équivalente.

M. Bivolaru soulève deux questions différentes. La première est particulière, car elle est relative à son statut de réfugié. La Cour de cassation a refusé de renvoyer une question préjudicielle à la CJUE sur la question de savoir si l'exécution du MAE peut être accordée, alors que l'individu qui en est le sujet bénéficie du statut de réfugié. Ce refus ne permet pas d'accorder une protection équivalente en droit de l'UE, puisque la CJUE n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Dès lors, la CEDH devait contrôler si l'individu risquait d'être soumis à des traitements dégradants et inhumains en raison de ses convictions religieuses et politiques. L'autorité judiciaire d'exécution française a demandé des informations autant à la Suède qui, tout en maintenant le statut de réfugié, considère qu'il n'y a plus de risque de persécution dans ce pays, qu'à la Roumanie, qui a fourni le dossier. Les autorités judiciaires françaises en ont conclu que la demande de remise n'avait pas de but politique, ni discriminatoire. La CEDH considère « qu'au terme complet et approfondi de la situation personnelle du requérant et qui manifeste l'attention qu'elle a portée à sa qualité de réfugié », les autorités françaises ne disposaient pas « de bases factuelles suffisamment solides pour caractériser l'existence d'un risque réel de violation de l'article 3 de la Convention ». Quant aux conditions de détention, M. Bivolaru n'a pas apporté d'éléments précis, étayés et concrets, mais s'est contenté d'éléments généraux d'appréciation, de telle sorte que les autorités françaises ne bénéficiaient pas d'un « commencement de preuve de risque réel de traitements contraires à l'article 3 de la Convention ». L'exécution du MAE émis à l'encontre de M. Bivolaru ne constitue pas une violation

Actualité pénale

de la Convention.

L'arrêt rendu par la CEDH le 25 mars 2021 fera date, car il s'inscrit dans un dialogue entre les Cours européennes qui a du mal à cacher la rivalité entre les ordres juridiques européens. La CJUE a bloqué (temporairement ?) l'adhésion de l'UE à la CSDH, mais de nombreuses questions croisent les ordres juridiques et les compétences des deux Cours, chacune favorisant son pré carré.

Il est important de retenir que la CEDH contrôle le MAE qui a été conçu pour construire l'espace de liberté, sécurité et justice européen et qui repose sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires nationales qui produisent des effets juridiques équivalents dans un autre État membre. Ainsi, l'exécution des MAE est le principe, même si la CJUE a admis (CJUE 5 avril 2016, Grande chambre, *Aranyosi et Caldaru*, C-404/15) que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen puisse être reportée s'il existe un risque réel de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de détention de la personne concernée dans l'État membre de l'émission du mandat. La présomption du respect des droits fondamentaux par les États membres de l'UE n'est pas absolue et peut être discutée devant les autorités d'exécution. La CEDH pousse son pion et décide d'exercer ce contrôle de manière effective, étant dans son domaine naturel de compétence. La protection équivalente offerte par l'UE n'est pas contestée, mais elle est soumise au contrôle de la CEDH. L'autorité judiciaire d'exécution devra donc examiner le respect des droits fondamentaux avant même de répondre aux impératifs du droit de l'UE. Si la France se trouve condamnée pour avoir coopéré et exécuté le MAE, la CEDH a déjà contrôlé le refus d'exécution pouvant conduire à une violation

Actualité pénale

de l'obligation procédurale mise en œuvre dans le cadre de l'article 2, garantissant le droit à la vie (CEDH 9 juillet 2019, *Roméo Castano c/ Belgique*).

Et, pour tout compliquer, on peut rappeler que la CEDH a condamné la France, dans son arrêt JMB rendu le 30 janvier 2020, pour les mauvaises conditions de détention dans les établissements pénitentiaires constituant une violation de l'article 3, interdisant les traitements inhumains et dégradants, et de l'article 13, garantissant le droit à un recours effectif, car les référés administratifs ont une portée limitée en pratique. Sous l'angle de l'article 46, la Cour a relevé que le taux d'occupation élevé des prisons mises en cause (Martinique, Guadeloupe, Nice, Fresnes, Nîmes) constitue un problème structurel qui nécessite l'adoption de mesures générales visant à supprimer le surpeuplement et l'amélioration des conditions matérielles de détention et à introduire un recours préventif effectif. Mais il semble qu'entre les violations de l'article 3 par l'exécution des peines privatives de liberté, il puisse y avoir une gradation ...

IMPUTATION DE LA DURÉE DES MESURES DE DÉTENTION SUBIES DANS UN AUTRE ÉTAT

Crim. 17 mars 2021, n° 20-84.365, publ. Bull. à venir

Deux personnes faisant l'objet d'une instruction préparatoire ont été arrêtées en Grande-Bretagne en exécution d'un MAE émis par les autorités françaises. En attendant leur remise à la France, les autorités britanniques les ont placées sous une mesure de couvre-feu assortie de surveillance électronique – assignation à résidence

Actualité pénale

d'une durée de neuf heures pendant la nuit, assortie d'une surveillance de la personne concernée au moyen d'un bracelet électronique – pendant une durée de 33 jours. Jugées en France, elles ont été condamnées pour association de malfaiteurs et infractions à la législation des étrangers. Elles ont demandé que la période de leur couvre-feu électronique subi en Grande-Bretagne soit imputée sur la durée d'emprisonnement à laquelle elles ont été condamnées. Les juges du fond ont fait droit à leur demande. Le procureur a formé un pourvoi en cassation pour contester la prise en compte de cette mesure dans le calcul de la peine restant à exécuter.

Le pourvoi se fonde sur trois arguments. D'une part, l'article 716-4 du Code de procédure pénale établit une distinction entre la détention provisoire effectuée en France et l'incarcération imposée hors de France en exécution d'un mandat d'arrêt européen. D'autre part, la CJUE a considéré que des « mesures telles qu'une assignation à résidence d'une durée de neuf heures pendant la nuit, assortie d'une surveillance de la personne concernée au moyen d'un bracelet électronique, (...) ne sont pas, en principe, eu égard au genre, à la durée, aux effets et aux modalités d'exécution de l'ensemble de ces mesures, à ce point contraignantes pour emporter un effet privatif de liberté comparable à celui qui résulte d'une incarcération et pour, ainsi être qualifiées de détention ». Enfin, l'État d'exécution du MAE indique à l'État d'émission ce qui doit être considéré comme assimilé à la détention et, par voie de conséquence, imputé sur la durée de la condamnation. Or, le droit anglais ne considère pas cette mesure comme assimilée à la détention et elle ne s'impute pas sur l'exécution des mesures privatives de liberté.

Actualité pénale

La Cour de cassation rejette le pourvoi et reprend les arguments de la Cour d'appel de Paris, donnant une grande liberté d'appréciation au juge : la détention « désigne une mesure non pas restrictive, mais privative de liberté, qui ne prend pas nécessairement la forme d'une situation d'enfermement et qu'il convient d'examiner la mesure litigieuse, pour déterminer si, en raison de son genre, de sa durée, de ses effets et de ses modalités d'exécution, elle revêt un tel degré d'intensité qu'elle est de nature à priver la personne concernée de sa liberté de manière comparable à une incarcération ». Même si le droit anglais ne l'assimile pas à une mesure de détention, dans le droit fil de la jurisprudence européenne, « il y a lieu de l'assimiler, en droit français, à une mesure d'assignation à résidence sous surveillance électronique qui n'opère aucune distinction selon la durée quotidienne de l'obligation de rester au domicile ». L'article 142-11 du Code pénal dispose : « l'assignation à résidence avec surveillance électronique est assimilée à une détention provisoire pour l'imputation intégrale de sa durée sur celle d'une peine privative de liberté ». Le renvoi à l'article 716-4 n'établit pas de distinction entre les mesures effectuées en vertu d'une décision française ou en vertu d'un MAE. La Cour de cassation approuve ainsi le raisonnement des juges du fond ayant conduit à l'assimilation du couvre-feu sous surveillance électronique à une assignation à résidence sous surveillance électronique conduisant à l'imputation intégrale de sa durée sur celle de la peine privative de liberté.

Actualité pénale

**EXÉCUTION DU MAE - PAS D'OBLIGATION POUR LA
CHAMBRE DE L'INSTRUCTION DE NOTIFIER LE DROIT DE
SE TAIRE**

Crim. 24 mars 2021, n° 21-81.361, publ. Bull. à venir

Un MAE a été émis par une autorité tchèque à l'encontre d'un individu de nationalité slovaque pour l'exécution d'une peine d'emprisonnement prononcée pour vol. La personne a été placée sous contrôle judiciaire en France et a refusé sa remise aux autorités tchèques. Comparant publiquement devant la chambre de l'instruction, elle attaque la régularité de la décision prononcée au motif de la violation des droits de la défense et de la présomption d'innocence. Lors de sa comparution, elle n'a pas été informée de son droit de se taire, ce qui constitue une violation de l'article 6 CSDHLF et des droits de la défense. La Cour de cassation constate l'absence de la notification du droit de se taire et de ne pas s'auto-accuser, mais elle ne considère pas que cela constitue une atteinte aux principes. « L'audition devant la chambre de l'instruction de la personne recherchée ne vise qu'à constater son identité, à recevoir ses observations sur le déroulement de la procédure dont elle fait l'objet, et à lui permettre de consentir ou non à sa remise, et non à la soumettre à un interrogatoire sur les faits objet du mandat d'arrêt. » La décision sur l'exécution du MAE est ainsi régulière et ne porte atteinte ni à la CSDHLF, ni aux principes fondamentaux du droit français.

Actualité pénale

BRÈVES

**PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL POUR ENFANTS PAR UN
JUGE DES ENFANTS AYANT INSTRUIT L'AFFAIRE**

Conseil constitutionnel n° 2021-893 QPC du 26 mars 2021

Le Conseil constitutionnel est saisi par la Chambre criminelle d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L 251-3 du Code de l'organisation judiciaire qui, dans son deuxième alinéa, dispose « Le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants ne peut présider cette juridiction ». Cette interdiction serait partielle, car elle ne viserait pas le juge des enfants ayant seulement instruit l'affaire, et méconnaîtrait le principe d'impartialité des juridictions garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ainsi que le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs. Après avoir rappelé les principes fondamentaux guidant la justice pénale des mineurs et, notamment, la primauté de l'éducatif sur le répressif, le Conseil constitutionnel considère que la possibilité pour le juge des enfants ayant instruit une affaire de présider le tribunal pour enfants jugeant cette même affaire viole le principe d'impartialité des juridictions, mais il peut continuer à prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation. La déclaration d'inconstitutionnalité est assortie d'effet différé, la date de l'abrogation étant reportée au 31 décembre 2022, ce qui laisse un délai suffisant au législateur afin de l'intégrer dans les textes. Néanmoins, en attendant, l'application du

Actualité pénale

principe d'impartialité est assurée puisque, dans les instances où le mineur a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi postérieure à la présente décision, le juge des enfants qui a instruit l'affaire ne peut présider le tribunal pour enfants.

Cette décision rappelle fortement la décision du 8 juillet 2011 dans laquelle le Conseil constitutionnel avait déclaré l'article L 253-11 du Code de l'organisation judiciaire inconstitutionnel dans des termes identiques : « Considérant que le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution ».

NON-LIEU AFFAIRE RÉMI FRAISSE

Crim. 23 mars 2021, n° 20-82.416

La Cour de cassation rend un arrêt de rejet confirmant le non-lieu prononcé au bénéfice du gendarme ayant lancé une grenade de désencerclement qui a entraîné la mort d'un manifestant, affaire connue sous le nom de la victime, Rémi Fraisse. Le premier moyen contestait l'impartialité de la procédure et le respect du procès équitable dans la mesure où l'enquête de flagrance sur la mort de la victime a été confiée à la gendarmerie et

Actualité pénale

les juges d'instruction ont manifesté une connivence avec les enquêteurs. La Cour de cassation rejette cette critique car aucun acte, qu'il émane des enquêteurs ou des juges, ne peut faire naître un doute raisonnable, objectivement justifié, de nature à faire douter de leur impartialité.

Le deuxième moyen met en cause l'absence de charges suffisantes à l'égard de l'auteur de l'acte ayant causé la mort de la victime. La Cour de cassation rappelle que la chambre de l'instruction a confirmé le non-lieu du chef de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner à l'égard du gendarme mis en cause car « le jet de la grenade par celui-ci constitue un acte de violence volontaire destiné à faire cesser la progression des manifestants sans avoir voulu les atteindre, qu'il a ainsi commis des faits susceptibles d'être qualifiés de coups mortels et que cet acte, commis par un gradé habilité à utiliser les grenades explosives, a été commis sur ordre de son supérieur hiérarchique ». L'usage de cette grenade était autorisé à l'époque des faits, ce qui n'est plus le cas depuis, et le décès de la victime était intervenu « dans une circonstance néfaste très particulière, difficilement prévisible, en l'espèce la chute de la grenade derrière la tête de la victime entre son cou et le sac à dos qu'elle portait, et que ce n'est que parce que la grenade s'est coincée là au moment où elle a explosé qu'elle a entraîné des conséquences irrémédiables ». Le contexte de l'affaire est aussi exploité par les juges d'instruction qui rappellent que « les gendarmes, qui ont reçu des jets de pierres et fusées de détresse, devaient se défendre de nuit dans une cuvette sans éclairage, sans pouvoir repérer la position précise de leurs agresseurs, qu'ils ont employé la force de manière progressive en tirant d'abord des grenades lacrymogènes, puis en utilisant un lanceur de balles de

Actualité pénale

défense (LBD) et enfin, après usage des avertissements réglementaires entendus par les manifestants, des grenades offensives, sans qu'il n'y ait eu d'effet de surprise, de sorte que les assaillants, qui pouvaient reculer, savaient à quoi s'attendre en se maintenant sur les lieux ». La Chambre criminelle met l'accent sur deux éléments extérieurs aux faits mais qui tendent à montrer la force irréfutable de sa décision. En premier lieu, elle invoque formellement le soutien du Défenseur des droits en rappelant que « le Défenseur des droits lui-même a considéré qu'en l'espèce l'usage de la force telle qu'elle avait été employée était justifié ». Ensuite, sans le dire ouvertement, elle invoque aussi le soutien de la jurisprudence européenne en appliquant les conditions de nécessité et proportionnalité qui sont prises en compte par la CEDH : « les forces de l'ordre ont adapté leur riposte de manière parfaitement proportionnée et [...] l'usage de la grenade OF F1 était absolument nécessaire, de telle sorte que les exigences légales de l'article 122-4 du code pénal, selon lesquelles n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ou qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, ont été respectées ».

Le troisième moyen critique le non-lieu pour homicide involontaire du gendarme auteur du tir mortel puisque « le jet de grenade par ce militaire était intentionnel, même si celui-ci n'avait pas l'intention d'atteindre les manifestants ». Il s'agit de restituer aux faits leur véritable qualification juridique. En effet, l'homicide involontaire se caractérise par une faute en lien de causalité certaine avec le dommage. Or, en l'espèce, le gendarme a agi avec la volonté d'utiliser une arme, ce qui constitue une intention. Il a la conscience et la volonté de violer la loi pénale, même s'il ne cherche pas à

Actualité pénale

obtenir le résultat effectivement survenu. Il peut être utile de rappeler que l'homicide involontaire n'est pas incompatible avec la cause d'irresponsabilité utilisée, à savoir l'article 122-4 du Code pénal – autorisation de la loi et commandement de l'autorité légitime. Donc, les juges auraient pu l'utiliser pour exonérer le gendarme de sa responsabilité pénale même en cas d'infraction involontaire. Cette qualification juridique n'aurait pas modifié la décision sur l'irresponsabilité pénale.

Le quatrième moyen conteste le non-lieu du chef d'homicide involontaire prononcé à l'encontre des supérieurs hiérarchiques du gendarme auteur matériel de l'infraction. La Cour de cassation rappelle que leur responsabilité ne pouvait être recherchée que dans le cadre d'une causalité indirecte, car ils avaient contribué ou n'avaient pas empêché la survenance du dommage. Dans ce cas, l'article 121-3, alinéa 4, exige une faute délibérée, la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, ou une faute caractérisée, constituée par l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité que la personne ne pouvait ignorer. En l'espèce, « la réglementation en matière de maintien de l'ordre et d'usage des armes a été respectée par la hiérarchie ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi, mettant ainsi un point final à une affaire de 2014 qui a considérablement agité l'opinion publique et a fait l'objet d'une médiatisation importante.

Élisabeth Rolin

Les conditions limitatives d'éloignement du territoire national d'un réfugié

Conseil d'État, Juge des référés, 27/03/2021, 450395, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, Juge des référés, 27/03/2021, 450402, Inédit au recueil Lebon

Le maintien de la qualité de réfugié ne fait pas obstacle au refoulement d'un étranger lorsque sa présence constitue un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou une menace pour la communauté de ce pays, s'il n'est pas en mesure de démontrer l'existence d'un risque réel et sérieux de traitements inhumains et dégradants en cas de retour dans son pays d'origine.

Le Conseil d'État rejette les demandes de suspension de mesures d'éloignement du territoire national de deux ressortissants russes à destination de la Russie prononcées respectivement par le préfet de la Haute-Garonne et le ministère de l'Intérieur. Le statut de réfugié avait été retiré, au premier ressortissant, en 2018, par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) après une dizaine de condamnations, notamment pour des faits de violence avec usage d'une arme.

Quant au second, le statut de réfugié lui avait été retiré en 2016 à raison de ses liens avec divers individus de la mouvance pro-jihadiste et d'une forte probabilité de séjour dans la zone de conflit syro-

Police administrative

irakienne. Il avait, depuis, échangé avec un détenu emprisonné pour avoir préparé un acte terroriste et sa position influente au sein de la communauté tchéchène laissait craindre un risque d'incitation à la radicalisation des jeunes de cette communauté.

Tout en ayant perdu le statut de réfugié, ils avaient néanmoins conservé la qualité de réfugié en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹. Ces deux arrêts sont une nouvelle illustration² de la délicate articulation entre la Convention de Genève du 28 juillet 1951, le protocole signé à New York le 31 janvier 1967³, la directive européenne de 2011, dite « qualification »⁴

1. Par un arrêt du 14 mai 2019, la Cour de justice de l'Union européenne, interprétant la directive du 13 décembre 2011 sur le statut des réfugiés, a jugé que les États membres ne pouvaient refouler un étranger ayant conservé la qualité de réfugié qu'à la condition qu'il n'encoure pas dans le pays de destination un risque réel et sérieux d'être soumis à des traitements inhumains et dégradants.

2. CONSEIL D'ÉTAT, 12 février 2021, OFPRA, n° 431239, mentionné aux tables du recueil Lebon, avec les conclusions de G. Odinet, rapporteur public [en ligne]. Disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2021-02-12/431239>. Voir également commentaire dans [La veille juridique du CREOGN](#), n° 94, mars 2021, p. 80-86.

3. Article 33 de la Convention de Genève : « 1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. / 2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays. »

4. La directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les

Police administrative

et l'application du droit interne avec les dispositions de l'article L. 711-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Mais si la Convention de Genève et le droit de l'Union européenne, éclairés par la jurisprudence européenne, sont très protecteurs du droit d'asile, ils n'excluent pas la possibilité de refouler un réfugié.

Dans ce cas, deux conditions doivent être réunies. D'une part, il faut qu'il puisse être mis fin au statut de réfugié en application des dispositions de l'article L. 711-6 du CESEDA : « 1° Il y a des raisons sérieuses de considérer que la présence en France de la personne concernée constitue une menace grave pour la sûreté de l'État ; 2° La personne concernée a été condamnée en dernier ressort en France, dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État tiers figurant sur la liste, fixée par décret en Conseil d'État, des États dont la France reconnaît les législations et juridictions pénales au vu de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales soit pour un crime, soit pour un délit constituant un acte de terrorisme ou puni de dix ans d'emprisonnement, et sa présence constitue une menace grave pour la société française. »

D'autre part, à la date où les autorités françaises prennent la décision d'éloignement, l'étranger qui a perdu le statut de réfugié mais a conservé la qualité de réfugié, n'établit pas l'actualité de risques réels et sérieux de traitements inhumains et dégradants en

ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, directive dite « qualification ».

Police administrative

cas de retour dans son pays d'origine ou le pays de destination vers lequel il peut être refoulé.

I. L'application des dispositions de l'article L. 711-6 du CESEDA

Dans le premier cas, M. B., ressortissant russe, né le 11 septembre 1977, entré en France, selon ses déclarations, le 26 mars 2002, a obtenu devant l'OFPRA le statut de réfugié, le 23 novembre 2003. En février 2018, l'Office a, sur le fondement du 2° de l'article L. 711-6 du CESEDA, révoqué le statut de réfugié de M. B... qui avait fait l'objet d'une dizaine de condamnations, notamment pour des faits de violence avec usage d'une arme entre 2002 et 2017. En mai 2019, ce dernier a, de nouveau, sollicité un titre de séjour en qualité de réfugié. Par un arrêté du 13 juin 2019, le préfet de la Haute-Garonne a rejeté sa demande, l'a obligé à quitter sans délai le territoire français, l'a interdit de retour sur le territoire français pour une durée de trois ans et a fixé la Russie comme pays de destination. Par un arrêté du même jour, le préfet a assigné M. B. à résidence. Par un jugement du 1^{er} octobre 2019, le magistrat désigné par le président du tribunal administratif de Toulouse a rejeté la demande de M. B. tendant à l'annulation des deux arrêtés pris à son encontre le 13 juin 2019.

En appel, le juge des référés du Conseil d'État relève que si la révocation de son statut de réfugié résultant de l'application de l'article L. 711-6 du CESEDA ne le prive pas de sa qualité de réfugié et des droits qui s'y rattachent, notamment celui de ne pas être refoulé dans le pays dont il a la nationalité, la qualité de réfugié ne

Police administrative

fait pas obstacle à la possibilité de refouler un réfugié dans son pays d'origine dans les hypothèses prévues à l'article L. 711-6, pris pour la transposition des dispositions du 4 de l'article 14 de la directive du 13 décembre 2011, à la condition que l'intéressé n'encoure pas dans ce pays un risque réel et sérieux d'être soumis aux traitements prohibés par les articles 4 et 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

C'est le même raisonnement qui est tenu dans la seconde affaire mais s'agissant d'une expulsion.

M. A., ressortissant russe originaire de Tchétchénie, avait obtenu le statut de réfugié par une décision de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) en 2009, puis ce statut lui avait été retiré en 2016 par l'OFPRA. Par un arrêté du 21 octobre 2020, le ministre de l'Intérieur a décidé, sur le fondement des dispositions des articles L. 521-2 et L. 522-1 du CESEDA, son expulsion pour nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique, en urgence absolue. Par un arrêté du 4 février 2021, il a désigné la Fédération de Russie comme pays de renvoi. Le ministre de l'Intérieur relève appel de l'ordonnance du 19 février 2021 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris a suspendu l'exécution de ces deux décisions et lui a enjoint de réexaminer la situation de M. A. sous un délai de quinze jours.

Dans un premier temps, en appel, le Conseil d'État annule l'ordonnance du juge des référés de première instance en considérant, d'une part, que compte tenu de ses relations et de la

Police administrative

position qu'occupe l'intéressé au sein de la communauté tchétchène et eu égard à la menace terroriste élevée pesant sur la France en fin d'année 2020, le ministre n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que l'expulsion de M. A. constituait une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État et la sécurité publique, quand bien même celui-ci n'aurait jamais fait l'objet d'une procédure pénale. D'autre part, son expulsion ne porte pas une atteinte disproportionnée au respect de son droit à mener une vie familiale normale⁵. Dans un second temps du raisonnement, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, le juge des référés examine les moyens soulevés par M. A. à l'encontre de l'arrêté du 4 février 2021, en contrôlant la légalité de la décision fixant la Fédération de Russie comme pays de renvoi. Comme dans la première affaire, il rappelle la même règle. La qualité de réfugié ne fait pas obstacle à la possibilité de refouler un réfugié dans son pays d'origine dans les hypothèses prévues à l'article L. 711-6 du CESEDA, à la condition que l'intéressé n'encoure pas dans ce pays un risque

5. « Si M. A. est marié et père de cinq enfants, qu'une partie de sa famille est établie en France et qu'il occupe depuis 2019 un emploi pour lequel son employeur atteste qu'il donne pleinement satisfaction, il n'a pas toujours résidé avec sa femme et ses enfants, puisqu'il percevait, jusqu'à une période très récente, une aide personnelle au logement au titre d'un appartement loué à Évreux par un membre de sa famille concurremment à l'aide que percevait par ailleurs son épouse au titre d'un logement situé à Montereau. Il a, par ailleurs, déclaré être divorcé pour l'établissement de son impôt sur le revenu, comme le révèle son avis d'imposition pour 2019. Les explications qu'il fournit pour justifier cette situation, outre qu'elles ont évolué avec ses différentes écritures, ne suffisent pas à établir qu'il a, ces dernières années, habité en permanence avec sa famille. Enfin, son épouse et ses enfants ont, comme lui, la nationalité russe, et ne seraient donc pas dans l'impossibilité de le rejoindre en Russie, à supposer qu'il puisse légalement être refoulé vers ce pays. »

Police administrative

réel et sérieux d'être soumis aux traitements prohibés par les articles 4 et 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

II. Le contrôle du risque réel et sérieux de traitement inhumain et dégradant

Il appartient à l'intéressé d'apporter les éléments de nature à établir qu'il serait personnellement et actuellement exposé à des traitements inhumains ou dégradants en cas de retour dans son pays d'origine ou pays de destination. Ce qui signifie que le juge se place à la date de sa décision pour apprécier la situation, comme la CNDA. En matière de droit d'asile, la situation géopolitique est déterminante mais le juge apprécie également la situation personnelle. Dans le premier cas, le juge des référés relève que, pas plus qu'en première instance, M. B. n'a apporté d'éléments attestant des risques réels et personnels encourus.

Dans la seconde affaire, il résulte de l'instruction que les autorités consulaires russes en France ont, en juillet 2020, délivré à M. A. un passeport russe, ce qui révèle, d'une part, que l'intéressé n'a pas craint d'entrer en contact avec les autorités russes, d'autre part, que ces dernières ne lui ont pas opposé de refus. M. A. a aussi fourni deux témoignages selon lesquels les forces de sécurité russes se seraient manifestées à l'occasion des obsèques de sa mère en Tchétchénie, et à d'autres occasions, pour poser des questions à son propos, ce qui révélerait qu'il est recherché par ces mêmes forces de sécurité. Mais, à cela, le juge des référés répond que ces

Police administrative

témoignages émanant de membres de sa famille ne suffisent pas à établir qu'il encourt, en cas de refoulement vers la Fédération de Russie, un risque réel et sérieux d'être soumis aux traitements prohibés par les articles 4 et 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Il s'agit d'un contrôle « normal » du juge, c'est-à-dire d'un contrôle étendu sur l'appréciation des risques pour le réfugié, car le droit d'asile est un droit fondamental. L'appréciation du danger pour la sécurité du pays où se trouve le réfugié ou la menace pour la communauté de ce pays reste néanmoins la première condition de la légalité de la mesure d'éloignement d'un réfugié du territoire national.

Xavier Latour

Les technologies au service des polices municipales

La proposition de loi pour une sécurité globale préservant les libertés est pratiquement finalisée. Après le vote par l'Assemblée nationale du 15 avril 2021, il ne lui reste plus qu'à franchir le contrôle du Conseil constitutionnel. Dans un ensemble assez touffu, il est possible de remarquer qu'elle conforte l'utilisation des technologies par les forces de l'ordre, y compris les polices municipales. L'utilisation des caméras est élargie, tandis que les drones font leur grande entrée dans les matériels autorisés.

L'extension des caméras

Les articles L 252-2 et 252-3 du Code de la sécurité intérieure (CSI) portent sur le visionnage des images par la police municipale (ou les agents de la ville de Paris). Le texte prolonge l'article L 251-2 CSI sur le fondement duquel les « autorités publiques » ainsi que les commerçants sont autorisés à s'équiper d'une vidéoprotection sur la voie publique. Dans le cas de ces derniers, il s'agit de surveiller les abords immédiats de leur local professionnel pour prévenir les risques de vol ou d'agression. Jusqu'à présent, seuls les policiers nationaux et les gendarmes habilités pouvaient accéder aux données.

Accompagnée de plusieurs garanties introduites par le Sénat (en termes de formation et de besoin d'accéder aux images), une telle extension est conforme à la montée en puissance régulière des polices municipales, souvent très bien équipées, en particulier dans

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

les centres de supervision urbains (CSU). De plus, la loi confirme la volonté de l'État d'accroître leur implication, déjà très importante. Dans de nombreuses villes, les polices municipales ne se contentent pas de missions de proximité et de faire appliquer les arrêtés de police du maire. Elles sont devenues plus interventionnistes. Le risque d'un emploi à des fins politiques est dénoncé par les détracteurs, beaucoup moins par les administrés qui demandent avant tout que le droit de vivre en sécurité soit mieux garanti.

Puisque sur le fondement de l'article L 252-3 CSI, les douanes et les pompiers pouvaient accéder aux images, à condition que cela ait été prévu par l'autorisation d'installation, seules les personnes privées sont tenues à l'écart. La décision du Conseil constitutionnel n° 2011-625 du 10 mars 2011 empêche toujours une personne publique de confier le visionnage à des salariés de droit privé.

La modification de l'article L 1632-2 du Code des transports étend, quant à elle, les facultés de transmission aux forces de l'ordre des images des emprises et des véhicules de transport. Le nouvel article assouplit le cadre en autorisant le différé et en supprimant la condition de danger imminent. La transmission des images est toujours limitée au temps nécessaire à l'intervention des forces de l'ordre, y compris les polices municipales.

L'élargissement vaut aussi pour le déport, en temps réel, des images des immeubles collectifs d'habitation. Le législateur corrige l'article L 126-1-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Avant la loi relative à la sécurité globale, les forces de l'ordre (y compris les polices municipales) avaient déjà accès à ces images, mais dans des conditions restrictives. « La commission imminente

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

d'une atteinte grave aux personnes et aux biens » constituait un obstacle sérieux. La nouvelle rédaction vise à lutter contre des désordres du quotidien, en l'occurrence les occupations de halls.

Après une expérimentation lancée en 2008-2009, puis en 2013, les caméras-piétons des forces de l'ordre sont autorisées sur le fondement de l'article L 241-1 CSI depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. La loi n° 2018-97 du 3 août 2018 relative à l'harmonisation des caméras mobiles a étendu leur emploi aux policiers municipaux (article L 241-2 CSI), aux sapeurs-pompiers et aux surveillants pénitentiaires. Le cadre retenu à l'époque restreignait les conditions d'emploi à un enregistrement ponctuel en cas d'incident, « eu égard aux circonstances de l'intervention ou au comportement des personnes concernées ». La caméra sert aussi à constater des infractions, à mieux en poursuivre leurs auteurs, tout en aidant à la formation. Le régime juridique interdisait l'accès aux images par les porteurs de la caméra. La formule semble à ce point convaincante que le Président de la République a annoncé l'équipement généralisé des personnels, le 14 juillet 2020, avec du matériel plus performant.

Dans le prolongement, la loi autorise la transmission des images en temps réel aux postes de commandement et « aux personnels impliqués dans la conduite et l'exécution de l'opération » (y compris les policiers municipaux) (articles L 241-1 et 241-2 CSI). De la sorte, la caméra portée complétera la vidéoprotection fixe, si la sécurité des personnes et des biens est menacée. La loi permet, enfin, aux agents ayant porté le boîtier d'accéder aux enregistrements. En outre, les porteurs de la caméra (police et gendarmerie nationales, polices municipales) auront accès aux enregistrements dans le cadre

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

d'une intervention ou d'une procédure judiciaire, à condition qu'ils permettent de « faciliter la recherche d'auteurs d'infraction, la prévention d'atteintes imminentes à l'ordre public, le secours aux personnes ou l'établissement fidèle des faits lors des comptes rendus d'interventions ».

Or, sur cet aspect, le Conseil d'État s'était montré exigeant (avis du 28 janvier 2016, n° 391004). Il avait fait de l'interdiction d'accès une garantie essentielle contre les abus. Pour cette raison, la simple nécessité semble peu contraignante. Qui en décidera ? Comment son respect sera-t-il contrôlé ?

En revanche, le Parlement a prudemment renoncé à une utilisation des images pour informer le public des conditions d'une intervention.

La loi permet l'expérimentation pour trois ans de caméras-piétons par les gardes champêtres, même s'ils sont de moins en moins nombreux.

Sous l'angle des territoires, le texte vise à dépasser les limites inhérentes aux découpages administratifs du territoire. Le Livre blanc de la sécurité intérieure a mis à nouveau en évidence les inconvénients d'appréhender la sécurité dans des cadres statiques (la commune, le département...), alors que les forces de l'ordre traitent de bassins ou de flux de délinquance. De plus, les différentes strates entraînent des dépenses inutiles. Par conséquent, le législateur a d'abord permis la mutualisation d'équipements et d'agents (loi du 7 mars 2007, n° 2007-297) au bénéfice des établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière de prévention de la délinquance et sous réserve de l'accord de la commune. Les

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

communes, entre elles, recourent à des conventions.

Le CSI autorise désormais une mutualisation élargie jusqu'au département. Ainsi, un syndicat mixte pourra mettre à la disposition d'un département du personnel (agrée par le préfet de département) pour visionner des images de vidéosurveillance du domaine public départemental. Les départements investissent déjà dans la vidéoprotection, notamment des collèges, tout en participant activement à la prévention de la délinquance.

L'article L 132-14 CSI apporte une solution rationnelle sans remettre en cause le pouvoir de police du maire qui devra toutefois exercer un contrôle effectif.

L'arrivée des drones

Depuis plusieurs années, les drones sont entrés dans la vie quotidienne. Après une longue attente et de nombreuses demandes, la loi établit le régime de leur utilisation à des fins de surveillance (articles L 242-1 et s. CSI). En application de l'article 34 de la Constitution, seule la loi pouvait, en effet, encadrer un dispositif.

Le cadre de la vidéoprotection fixe était inadapté aux drones. Conçu en 1995 (loi n° 1995-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité), à une époque où les drones civils émergeaient à peine, il ne pouvait pas servir de fondement à des adaptations réglementaires. Au-delà des drones, la captation d'images par voie aéroportée n'était pas assez réglementée, à l'exception de dispositions éparses applicables à la police (circulaire du 27 juillet 2018) et à la gendarmerie (arrêté du 24 décembre 2013 par exemple). Le Conseil d'État avait mis en évidence l'absence de

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

normes dans son ordonnance du 18 mai 2020 relative à l'emploi de drones pour surveiller le confinement. Le drone en lui-même n'était pas en cause, mais bien le fait de filmer des personnes identifiables, ce qui entre dans la catégorie du traitement de données à caractère personnel. Il a réitéré son opposition dans une ordonnance du 20 décembre 2020, en suspendant l'utilisation du drone pour surveiller une manifestation sur la voie publique. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a, elle aussi, confirmé cette appréciation dans un rappel à l'ordre adressé au ministère de l'Intérieur, le 12 janvier 2021.

La loi identifie les utilisateurs : les services de l'État concourant à la sécurité intérieure et à la défense nationale, les Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) et les formations militaires de la sécurité civile ainsi que les associations agréées en la matière. Malgré les hésitations, les polices municipales les exploiteront à titre expérimental (pendant cinq ans) en matière de « prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques d'agression, de vol ou de trafic d'armes, d'être humains ou de stupéfiants », ainsi qu'à des fins de « prévention d'actes de terrorisme ». Après délibération du conseil municipal, le maire demandera l'autorisation au préfet de département. Elle sera valable six mois et renouvelable. Deux procédures de suivi sont prévues. L'une l'est au sein du conseil municipal à mi-parcours, l'autre prendra la forme d'une évaluation par le Parlement (à mi-parcours et six mois avant le terme de l'expérimentation). Les demandes sont fortes et certaines communes ont les moyens de s'équiper. La tendance est, en outre, à l'octroi des mêmes moyens (armes à feu, pistolets à impulsion électrique, caméras-piétons...). Cette possibilité les rapprochera

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

davantage des forces nationales de sécurité intérieure, malgré les réserves sur leur formation et leur encadrement.

En cas d'utilisation sur la voie publique, et comme pour les caméras fixes, les images des domiciles et de leurs entrées ne peuvent pas être visualisées (article L 242-2). Le législateur entend respecter la jurisprudence du Conseil constitutionnel (DC n° 94-352, du 18 janvier 2015). En revanche, le législateur permet la surveillance en temps réel au nom de l'efficacité opérationnelle.

Au titre des garanties (largement renforcées par le Sénat), l'autorité responsable doit informer le public « par tout moyen approprié », ce qui, pour ce type de surveillance, laisse songeur. D'autant plus que des dérogations larges sont prévues (« sauf les circonstances l'interdisent ou que cette information entrerait en contradiction avec les objectifs poursuivis »). Les administrés devront-ils chaque jour se connecter à un site pour connaître le plan de vol des drones ? Le registre des utilisations (finalité, durée des enregistrements, personnes ayant accès aux images) par l'autorité responsable n'emporte pas la conviction. Il facilitera, au mieux, des vérifications postérieures aux atteintes commises aux libertés. La conservation des images est limitée à trente jours (sauf procédure judiciaire, administrative ou disciplinaire). En outre, un an après la publication de la loi, le ministre de l'Intérieur précisera aux différents services les directives relatives à la formation des personnels, les finalités jugées proportionnées et les règles techniques d'usage dans le temps et l'espace. La CNIL sera préalablement consultée.

Le texte fixe, par ailleurs, les finalités (articles L 245-5 et 245-6 CSI) qui permettent l'autorisation par le préfet (en matière d'ordre et de sécurité publics), ou le procureur ainsi que le juge d'instruction (en police judiciaire).

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Si la loi innove avec les drones, elle demeure en revanche silencieuse sur l'emploi d'autres technologies. Ainsi, la question de la reconnaissance faciale n'est pas abordée. Elle est pourtant demandée par des communes soucieuses d'aller plus loin, ainsi que par le député Baichère. Il soutient une proposition de loi pour une expérimentation à grande échelle avant les Jeux olympiques de 2024.

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