

LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 102

Février 2022

EDITO

Au moment où cette veille juridique est publiée, la force l'emporte sur le droit ! Une régression du droit international, si difficile à mettre en œuvre, à protéger, nous est ainsi offerte ! Le Secrétaire général de l'ONU a beau considérer, le 22 février, que « la décision de la Fédération de Russie est une violation de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de l'Ukraine et qu'elle est incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies », ces paroles ne sont pas écoutées par ceux qui ont décidé d'agir sur un autre registre que celui du droit. Le conflit qui se profile est marqué par une asymétrie entre ceux qui s'en remettent au droit et ceux qui ne pensent qu'à la force.

La paix du continent européen est aujourd'hui menacée,

(Suite page 2)



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

Edito

rendant plausible l'hypothèse d'une « guerre totale » que ne saurait empêcher une dissuasion nucléaire, dès lors que le théâtre du conflit ne met pas directement en cause des intérêts vitaux. L'Europe, de « l'Atlantique à l'Oural », risque de basculer dans le chaos, entraînant sans aucun doute le continent africain dans son sillage, là où précisément la Russie tente de s'implanter, pour mener une stratégie de contournement si chère au stratège britannique Liddell Hart.

Seul élément positif dans ce contexte incertain, l'union de l'Union européenne. L'opportunité nous est peut-être offerte de porter à son terme une défense de l'Europe qui n'a pas abouti ou a été contrariée par les ambiguïtés du concept de « défense européenne », lequel suppose une unité politique qui n'est pas aujourd'hui pleinement réalisée. « La guerre est la continuité de la politique avec l'introduction d'autres moyens », écrivait Clausewitz. Il ne peut y avoir de politique de défense sans politique étrangère commune. La défense de l'Europe par ses États membres, ensemble, dans l'interopérabilité, va sans doute émerger, la naïveté de ceux qui croient encore à un « bouclier » protecteur étant balayée. Il est temps d'ailleurs, car le glissement du centre de gravité du monde vers l'Asie va s'accompagner d'une perte d'intérêt de la relation transatlantique au profit d'une approche transpacifique de notre allié principal au sein de l'OTAN.

La crise peut être passagère, les Russes étant habitués à jouer aux échecs. Ils testent la résistance, la détermination de l'adversaire et sauront sans doute s'arrêter, sauf si l'engrenage se met en marche à la suite d'une situation mal contrôlée. Sur le plan intérieur, il faut au minimum s'attendre à ce que les prochaines échéances électorales soient perturbées par des actions de manipulation de l'information.

Edito

Ces actions sont directement associées à la stratégie militaire de la Russie pour qui il n'y a pas de cyberspace, mais un espace « informationnel ». Les opérations de manipulation de l'information se multiplient et constituent pour les démocraties un risque de déstabilisation majeur. Le référendum sur le Brexit, le 23 juin 2016, l'élection, la même année, du Président des États-Unis et le « Macronleaks », en 2017, ont mis en évidence des actions pouvant porter atteinte à la sincérité du scrutin.

La France a pris conscience du risque. Par la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018, relative à la lutte contre la manipulation de l'information, elle a modifié le Code électoral en imposant des contraintes aux opérateurs de plateforme en ligne, pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises (nous y sommes). Au sein du Secrétariat général de la défense nationale, elle a créé, par le décret n° 2021-922 du 13 juillet 2021, un service à compétence nationale¹ dénommé « service de vigilance et de protection contre les ingérences numériques étrangères ».

Le ministère des Armées, quant à lui, a publié, le 20 octobre 2021, les « éléments publics de doctrine militaire de lutte informatique d'influence » (L2I) qui désignent « les opérations militaires conduites dans la couche informationnelle du cyberspace pour détecter, caractériser et contrer les attaques, appuyer la communication stratégique (StratCom), renseigner ou faire de la déception, de façon autonome ou en combinaison avec d'autres

¹ Les services à compétence nationale ont été définis par le décret du 9 mai 1997. Ce sont des services dont les attributions ont une portée nationale, par opposition aux services déconcentrés de l'État qui ont une compétence territoriale.

Edito

opérations ». À cette occasion, Madame Parly a souligné que « l'information fausse, manipulée, subvertie, est une arme ». « Parce que le champ informationnel est aujourd'hui un espace de conflits à part entière, j'ai pris la décision - a poursuivi la ministre - de doter nos armées d'une doctrine de lutte informatique d'influence. »

Dans la situation que nous vivons, l'usage des armes de guerre sera peut-être différé. Mais il est certain que les armes informationnelles et les armes cyber sont déjà entrées en action. Les premières figuraient déjà dans les panoplies des conflits précédents. Elles vont sans aucun doute prendre une tout autre dimension dans la situation que nous vivons, ne serait-ce qu'en raison de la viralité du discours véhiculé sur le Net.

Bonne lecture de cette 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>6</u>
Droit de l'espace numérique	<u>16</u>
Actualité pénale	<u>31</u>
Police administrative	<u>51</u>
Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée.....	<u>61</u>



Charles RAVAUT

Les manquements aux règles déontologiques des policiers et gendarmes pour des faits commis en dehors des fonctions

Arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes, 6ème chambre, 7 décembre 2021, n° 20NT01407

La notion de déontologie des forces de l'ordre est désormais au cœur des débats nationaux et fait souvent écho aux accusations dont elles peuvent faire l'objet dans l'exercice de leurs fonctions.

En effet, en 2014¹, avec l'introduction dans le Code de la sécurité intérieure d'un chapitre portant « code » de déontologie de la gendarmerie et de la police nationales, les pouvoirs publics ont marqué la volonté que les forces de l'ordre disposent d'un cadre complémentaire leur permettant d'exercer leurs fonctions de manière « irréprochable »².

Canevas prescriptif de leur action quotidienne, ces dispositions permettent aussi aux forces de l'ordre d'apporter des justifications lorsqu'elles sont attaquées sur le caractère proportionné de leurs interventions et les moyens déployés.

1. Décret n° 2013-1113 du 4 décembre 2013 ayant introduit dans le Code de la sécurité intérieure un Chapitre IV : Déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale au sein du Titre III du Livre IV de la partie réglementaire.

2. Selon les mots mêmes retenus par l'article R. 434-3 du Code de la sécurité intérieure.

Déontologie et sécurité

Pour autant, et comme tous les fonctionnaires, les obligations déontologiques trouvent également un écho en dehors du service, ce qui, de prime abord, pourrait surprendre, mais qui n'est autre que la conséquence logique des devoirs impliqués par la fonction ou par le statut. L'arrêt commenté en est précisément l'illustration, à propos d'un agent de la police nationale.

Faits et procédure

Le requérant est entré dans la police nationale le 3 janvier 1995 et promu brigadier le 19 juillet 2012.

Dans le cadre de ses fonctions, il a été affecté à la Circonscription de sécurité publique (CSP) de Cherbourg le 1^{er} mars 2014. Durant son affectation, il a été président de l'association sportive de police de Cherbourg entre le 1^{er} janvier 2014 et le 31 janvier 2017.

En cette qualité, il a été condamné, le 20 février 2018, par le tribunal correctionnel de Caen à une peine d'emprisonnement avec sursis de trois mois pour abus de confiance, altération frauduleuse de la vérité dans un écrit et usage de faux en écriture.

En parallèle, une enquête diligentée par l'Inspection générale de la police nationale (IGPN) a relevé des manquements aux obligations professionnelles et déontologiques à l'encontre du requérant.

Ce dernier a ainsi comparu devant la commission administrative paritaire compétente siégeant en formation disciplinaire, laquelle a émis un avis favorable à une révocation.

Déontologie et sécurité

En conséquence, par un arrêté du 30 octobre 2018, le requérant a été révoqué de ses fonctions par le ministre de l'Intérieur.

Le brigadier a contesté cet arrêté devant le tribunal administratif de Caen, lequel, par un jugement du 20 février 2020, a rejeté sa demande et confirmé l'arrêté de révocation. C'est ainsi que le requérant a relevé appel de ce jugement devant la cour administrative d'appel de Nantes.

L'application des obligations déontologiques des policiers et des gendarmes en dehors du service

La cour administrative d'appel commence par rappeler les principes constituant, au sein du Code de la sécurité intérieure, le « code » de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale.

Ainsi, ces dispositions « définissent les devoirs qui incombent aux policiers et aux gendarmes dans l'exercice de leurs missions de sécurité intérieure pendant ou en dehors du service et s'appliquent sans préjudice des règles statutaires et autres obligations auxquelles ils sont respectivement soumis. Elles font l'objet d'une formation, initiale et continue, dispensée aux policiers et aux gendarmes pour leur permettre d'exercer leurs fonctions de manière irréprochable »³.

Le premier point notable est donc que ces obligations s'appliquent

3. Article R. 434-3 du Code de la sécurité intérieure.

Déontologie et sécurité

indépendamment des obligations statutaires de chaque corps. Dès lors, tant le statut militaire pour les gendarmes que le statut des fonctionnaires civils pour les policiers continuent de s'appliquer en parallèle des obligations déontologiques. Le second point notable est que, au même titre que les obligations liées au statut militaire des gendarmes⁴, la question déontologique trouve un écho pour les militaires de la gendarmerie et les fonctionnaires de police, même en dehors du service.

La cour administrative d'appel déduit donc logiquement de ces dispositions que les faits commis en dehors du service peuvent être constitutifs d'une faute passible d'une sanction disciplinaire.

Au titre des obligations déontologiques, il est alors possible de trouver la probité⁵, le désintéressement⁶, la discrétion⁷, le

4. Articles L. 4122-1 à L. 4122-10 du Code de la défense.

5. Article R. 434-9 du Code de la sécurité intérieure : « Le policier ou le gendarme exerce ses fonctions avec probité ».

6. *Ibid* : « Il ne se prévaut pas de sa qualité pour en tirer un avantage personnel et n'utilise pas à des fins étrangères à sa mission les informations dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions. Il n'accepte aucun avantage ni aucun présent directement ou indirectement lié à ses fonctions ou qu'il se verrait proposer au motif, réel ou supposé, d'une décision prise ou dans l'espoir d'une décision à prendre ».

7. Article R. 434-8 du Code de la sécurité intérieure : « Soumis aux obligations du secret professionnel et au devoir de discrétion, le policier ou le gendarme s'abstient de divulguer à quiconque n'a ni le droit, ni le besoin d'en connaître, sous quelque forme que ce soit, les informations dont il a connaissance dans l'exercice ou au titre de ses fonctions ».

Déontologie et sécurité

discernement⁸ ou encore l'impartialité⁹.

Par ailleurs, s'agissant des policiers, comme dans le cas d'espèce, les obligations sont complétées, comme le rappelle la cour, par le décret n° 95-654 du 9 mai 1995 qui impose que le policier, « doit, en tout temps, qu'il soit ou non en service, s'abstenir en public de tout acte ou propos de nature à porter la déconsidération sur le corps auquel il appartient ou à troubler l'ordre public »¹⁰. Et de poursuivre en posant le principe selon lequel « le fonctionnaire actif des services de la police nationale, quelle que soit sa position, ne peut exercer une activité de nature à jeter le discrédit sur la fonction ou à créer une équivoque préjudiciable à celle-ci »¹¹.

En tout état de cause, le non-respect de ces obligations est de nature à entraîner le prononcé d'une sanction disciplinaire, laquelle doit cependant être prise en considération des faits et de manière

8. Article R. 434-10 du Code de la sécurité intérieure : « Le policier ou le gendarme fait, dans l'exercice de ses fonctions, preuve de discernement. Il tient compte en toutes circonstances de la nature des risques et menaces de chaque situation à laquelle il est confronté et des délais qu'il a pour agir, pour choisir la meilleure réponse légale à lui apporter ».

9. Article R. 434-11 du Code de la sécurité intérieure : « Le policier et le gendarme accomplissent leurs missions en toute impartialité. Ils accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'article 225-1 du code pénal ».

10. Article 29 du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale.

11. Article 30 du décret précité.

Déontologie et sécurité

proportionnée¹².

Les faits de l'espèce justifiant le prononcé d'une sanction disciplinaire

Dans le cas d'espèce, les faits ayant justifié le prononcé d'une sanction disciplinaire du quatrième groupe, à savoir la révocation, ont été commis en dehors du service mais ont été de nature, notamment, à affecter le devoir de probité de l'agent et, au titre du décret du 9 mai 1995, à porter la déconsidération sur son corps d'appartenance.

En effet, les premiers éléments ayant conduit l'administration à prononcer une sanction portent sur le fait que le requérant a encaissé sur son compte personnel plusieurs chèques tirés du compte de l'association sportive dont il assurait la présidence afin de procéder à des achats personnels. Sur ce point, si le requérant a essayé d'opposer la circonstance qu'il a procédé au remboursement des sommes litigieuses, les juges, tant de première instance que d'appel ont, à juste titre, considéré que cela n'enlevait rien à la matérialité des faits. Par ailleurs, le juge d'appel a également relevé que le caractère répété des agissements pendant trois ans et en dehors de toute décision des organes du bureau de l'association

12. Selon une jurisprudence établie du Conseil d'État, 13 novembre 2013, n° 347704 : « Considérant qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes ».

Déontologie et sécurité

écartait le caractère non intentionnel des actes.

En outre, le ministre s'est également fondé sur le fait que le requérant a bénéficié d'une décharge d'activité de service de deux jours pour organiser un championnat régional de tir. Toutefois, le requérant ne s'est pas rendu à cette compétition, utilisant le premier jour pour la réalisation d'un achat personnel et le second pour procéder, en tenue et armé, à la clôture du compte bancaire de la section judo de l'association dont il assurait la présidence, en lieu et place du vice-président.

En conséquence, eu égard à la matérialité établie de faits reprochés au requérant, c'est à bon droit que le ministre de l'Intérieur a prononcé une sanction disciplinaire sur leur base, car ils constituent des fautes qui, bien que commises en dehors du service, relèvent des articles R. 434-9, R. 434-27¹³ du Code de la sécurité intérieure et de l'article 29 du décret du 9 mai 1995.

L'appréciation par le juge de la proportionnalité de la sanction

Quand bien même les faits commis pourraient justifier le prononcé d'une sanction disciplinaire comme c'est le cas en l'espèce, encore

13. « Tout manquement du policier ou du gendarme aux règles et principes définis par le présent code de déontologie l'expose à une sanction disciplinaire en application des règles propres à son statut, indépendamment des sanctions pénales encourues le cas échéant. »

Déontologie et sécurité

est-il nécessaire que la sanction choisie soit proportionnée¹⁴.

Ainsi, lors du prononcé d'une sanction, s'agissant de la police nationale, l'autorité administrative dispose d'un panel de sanctions réparties en quatre groupes¹⁵ dont la sévérité est croissante. Dans le premier groupe¹⁶, il est ainsi possible de trouver l'avertissement et le blâme tandis que dans le second¹⁷ se trouvent l'abaissement d'échelon ou encore l'exclusion temporaire de moins de quinze jours. Dans le troisième¹⁸, l'une des sanctions est l'exclusion temporaire, comprise entre trois mois et deux ans et, enfin, le quatrième groupe¹⁹ comporte la mise à la retraite d'office et la révocation.

Les sanctions sont ainsi alignées sur le régime de celles prévalant dans la fonction publique civile alors que celles des militaires de la

14. En effet, le Conseil d'État (arrêt précité) a considéré que l'office du juge en la matière nécessitait de procéder à un contrôle normal et donc que la sanction soit strictement proportionnée à la gravité des faits.

15. Article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

16. Premier groupe : - l'avertissement ; - le blâme ; - l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de trois jours.

17. Deuxième groupe : - la radiation du tableau d'avancement ; - l'abaissement d'échelon à l'échelon immédiatement inférieur à celui détenu par l'agent ; - l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de quatre à quinze jours ; - le déplacement d'office.

18. Troisième groupe : - la rétrogradation au grade immédiatement inférieur et à l'échelon correspondant à un indice égal ou, à défaut, immédiatement inférieur à celui afférent à l'échelon détenu par l'agent ; - l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de seize jours à deux ans.

19. Quatrième groupe : - la mise à la retraite d'office ; - la révocation.

Déontologie et sécurité

gendarmerie sont sensiblement différentes²⁰. Dans le cas présent, le ministre de l'Intérieur a considéré que la gravité des faits commis justifiait le prononcé de la plus haute sanction, à savoir la révocation.

En défense, le requérant invoque trois points pour justifier le caractère disproportionné de la sanction, que sont le fait qu'il n'a jamais fait l'objet d'une précédente sanction disciplinaire, que sa manière de servir est irréprochable et saluée par des félicitations de sa hiérarchie et que les faits n'ont pas été révélés au public. En outre, il fait valoir que certains hauts fonctionnaires, également incriminés pour des faits similaires, auraient bénéficié de plus d'indulgence.

Pour autant et malgré ses moyens en défense, la cour administrative d'appel donne raison au ministre de l'Intérieur sur le choix de la sanction. En effet, elle considère, d'une part, que la circonstance que d'autres fonctionnaires auraient bénéficié de sanctions plus faibles est sans incidence sur l'appréciation de la légalité et du

20. Réparties en trois groupes, les sanctions sont prévues par l'article L. 4137-2 du Code de la défense : « Les sanctions disciplinaires applicables aux militaires sont réparties en trois groupes : 1° Les sanctions du premier groupe sont : a) L'avertissement ; b) La consigne ; c) La réprimande ; d) Le blâme ; e) Les arrêts ; f) Le blâme du ministre ; 2° Les sanctions du deuxième groupe sont : a) L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de cinq jours privative de toute rémunération ; b) L'abaissement temporaire d'échelon ; c) La radiation du tableau d'avancement ; 3° Les sanctions du troisième groupe sont : a) Le retrait d'emploi, défini par les dispositions de l'article L.4138-15 ; b) La radiation des cadres ou la résiliation du contrat ».

Déontologie et sécurité

caractère proportionné de sa propre sanction. D'autre part, l'absence de sanction, la manière de servir ou même l'absence de révélation des faits au public ne sont pas des éléments de nature à remettre en cause la gravité des faits qui ont été commis, dont la matérialité ne fait pas débat pour la cour et qui sont de nature à justifier le prononcé d'une sanction du quatrième groupe.

En conclusion, la cour confirme le jugement de première instance et la légalité de la sanction prononcée par le ministre de l'Intérieur.

Droit de l'espace numérique

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

Le Conseil d'État donne raison à la CNIL : Google doit payer l'amende administrative de 100 millions d'euros¹

Google a déposé des cookies sans consentement préalable de l'utilisateur, sans information de celui-ci et a offert un mécanisme partiellement défaillant pour en refuser l'implantation.

Les faits en cause

Le 7 décembre 2020², la formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a infligé une sanction de 100 millions d'euros à Google LLC et à Google Ireland Limited. En cause, trois violations de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (transposant la directive européenne *e-privacy* de 2002) : un dépôt de cookies à finalité publicitaire sans le consentement des internautes, un bandeau de pied de page n'informant pas suffisamment l'internaute sur le dépôt de cookies, le maintien d'un cookie publicitaire, malgré la désactivation par l'internaute de la personnalisation des recherches. Les deux sociétés en cause ont saisi le Conseil d'État, juge du contentieux des décisions de la CNIL. Le 28 janvier 2022, le Conseil d'État a donné raison à la CNIL et confirmé les sanctions de 60 et de 40 millions d'euros prononcées contre l'entreprise mère et sa filiale.

¹. Conseil d'État, Décision n° 449209, publiée au recueil Lebon.

². Délibération SAN-2020-012 du 7 décembre 2020.

Droit de l'espace numérique

La compétence de la CNIL

Le Conseil d'État s'est d'abord prononcé sur la compétence de la CNIL au regard des règles fixant un « guichet unique », issues du Règlement général sur la protection des données (RGPD). En effet, les sociétés requérantes contestaient la légalité de l'intervention de la CNIL en invoquant les dispositions de l'article 56 du RGPD qui porte sur les traitements transfrontaliers de données à caractère personnel. Google considérait que l'autorité nationale de contrôle irlandaise était compétente en qualité d'autorité « chef de file ». Cette contestation de la compétence de la CNIL est écartée. En effet, le mécanisme du « guichet unique », prévu à l'article 56 du RGPD, n'est pas applicable aux mesures de mise en œuvre et de contrôle de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 du Parlement européen et du Conseil relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques³ (directive *e-privacy*, vie privée et communications électroniques). Cette directive dispose que « les États membres déterminent le régime des sanctions, y compris des sanctions pénales s'il y a lieu, applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive ».

3. Comme le confirment plusieurs arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne : arrêt Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Planet49 GmbH (aff. C-673/17), du 1^{er} octobre 2019 et arrêt Facebook Ireland Ltd e.a (aff. C-645/19) du 15 juin 2021.

Droit de l'espace numérique

Une procédure respectant les règles du contradictoire

La question de la compétence étant tranchée, le Conseil d'État examine la procédure. La procédure suivie par la CNIL est contestée par les sociétés requérantes au prétexte que l'autorité de contrôle aurait méconnu les droits de la défense et les exigences de contradiction en l'absence d'une mise en demeure préalable. Le Conseil d'État, outre le fait qu'une sanction n'exige pas de mise en demeure préalable, rappelle les différentes étapes de la procédure à compter du contrôle en ligne sur le site Internet « google.fr », effectué le 16 mars 2020, depuis les locaux de la CNIL, en consultant les données librement accessibles ou rendues accessibles directement en ligne. Plusieurs échanges ont eu lieu jusqu'à la séance de la formation restreinte du 2 décembre 2020. En conséquence, le Conseil d'État écarte le moyen soulevé.

Des fautes établies malgré des corrections

Lors du contrôle en ligne, la CNIL a constaté que sept cookies sont automatiquement déposés sans action particulière de la part de l'internaute, lequel n'est pas informé des règles de confidentialité et des possibilités qu'il a de refuser leur implantation. Quatre de ces cookies poursuivaient une finalité publicitaire étrangère au besoin de permettre ou de faciliter la communication par voie électronique.

Les modifications apportées, en août 2020, postérieurement à l'ouverture de la procédure de sanction, n'informent pas directement et explicitement l'internaute des finalités des cookies

Droit de l'espace numérique

et des moyens de s'y opposer. Or, les dispositions de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, transposant la directive *e-privacy*, imposent une information claire et complète de l'internaute des cookies et traceurs implantés sur son terminal. La portée de ces dispositions n'a pas été modifiée par la mise en conformité de la loi du 6 janvier 1978 avec le RGPD. Google a donc contrevenu, même après corrections, aux dispositions de la loi précitée.

Une sanction proportionnée à la gravité des faits

S'agissant du montant de la sanction, le Conseil d'État rappelle qu'une amende administrative pouvant atteindre 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent peut être prononcée par la CNIL. Cette amende doit être effective, proportionnée et dissuasive. La CNIL, pour fixer le montant de la sanction, a tenu compte de la part de marché de Google, supérieure à 90 %, et de ses 47 millions d'utilisateurs en France, dont la société tire d'importants bénéfices grâce aux cookies. La CNIL n'a pas excédé le montant du plafond légal et a, à juste titre, écarté l'atténuation résultant d'une coopération avec l'autorité de contrôle, notamment en raison du refus par Google de communiquer le montant de ses revenus publicitaires en France.

Le Conseil d'État considère donc que le montant de la sanction n'est pas disproportionné, notamment au regard des capacités financières respectives de Google LLC et de Google Ireland et des bénéfices importants tirés des bénéfices publicitaires. Il valide également le montant de l'astreinte fixée à 100 000 euros par jour ainsi que la

Droit de l'espace numérique

publication de la délibération de la CNIL, compte tenu de la gravité des faits reprochés.

On notera que la CNIL, par délibération de la formation restreinte du 31 décembre 2021⁴, a prononcé à l'encontre des sociétés Google LLC et Google Ireland Limited une nouvelle amende administrative, respectivement d'un montant de 90 millions et de 60 millions d'euros pour manquement à l'article 82 de la loi Informatique et Libertés.

Le même jour, la CNIL a infligé une amende administrative de 60 millions d'euros à Facebook Ireland Limited pour les mêmes motifs⁵.

4. Délibération de la formation restreinte du 31/12/2021, n° SAN-2021-023 concernant les sociétés Google LLC et Google Ireland Limited.

5. Délibération de la formation restreinte du 31/12/2021, n° SAN-2021-024 concernant la société Facebook Ireland Limited.

Droit de l'espace numérique

Capitaine Océane GERRIET

Un projet d'intelligence artificielle (IA) au service de la justice : le Conseil d'État valide DataJust

Par [décret n° 2020-356 du 9 janvier 2020](#), le ministère de la Justice mettait en œuvre, pour une durée de 2 ans, un traitement nommé « DataJust » visant à développer un algorithme d'aide à la décision pour les magistrats statuant sur l'indemnisation des préjudices corporels. Malgré [une délibération](#) du même jour de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)¹ confortant le projet, le décret a été immédiatement attaqué par de nombreuses associations, tant en référé² qu'au fond. Dans une ultime [décision rendue le 30 décembre 2021](#)³, le Conseil d'État (CE) confirme la conformité du projet (que la Justice a finalement abandonné quelques jours plus tard).

« Si vous ne pouvez pas battre la machine, le mieux est d'en devenir une », prophétise le chantre de la singularité technologique, Elon Musk, de quoi effrayer les plus sceptiques. Mais que l'on se rassure, Terminator n'est pas pour demain et la machine n'est pas prête de remplacer l'Homme⁴. Il en va de même de l'algorithme DataJust qui ne signe pas le glas de l'Homme et, de surcroît, des juges. L'objectif

1. Délibération n° 2020-002 du 9 janvier 2020 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust ».

2. CE, 26 mai 2020, n° 440378.

3. CE, 30 décembre 2021, n° 440376.

4. JULIA, Luc. *L'intelligence artificielle n'existe pas*. Edition FIRST, 2019.

Droit de l'espace numérique

n'est pas de les remplacer par une machine mais de les aider dans leur processus d'évaluation des préjudices et d'offrir plus de transparence aux justiciables.

Il est important de souligner que DataJust est un algorithme en cours de développement et l'idée est d'étudier son efficacité et sa pertinence. Si elle est démontrée, alors seulement la mise en œuvre définitive pourra être envisagée (sous réserve d'adopter de nouvelles dispositions juridiques) et ce futur traitement aura pour finalité définitive d'offrir un référentiel indicatif officiel évaluant financièrement les différents types de préjudices. En matière d'indemnisation, les référentiels ne sont pas nouveaux. Dans un article paru en 2017, le docteur en droit Clément Cousin brossait l'histoire des référentiels et ses perspectives⁵. En effet, certaines juridictions élaboraient déjà leur propre référentiel, ensuite harmonisé au niveau des cours d'appel avant d'être nationalisé en 2013. Ce référentiel (actualisé) propose notamment des fourchettes d'indemnisation pour chaque poste de préjudice. Malgré leur utilisation par l'ensemble des acteurs de la justice, ces barèmes sont loin de faire l'unanimité. Pour certains, ils apportent une sécurité juridique. Pour d'autres, un barème contrevient au **principe d'indemnisation intégrale du préjudice**. Ce principe veut que l'indemnisation replace la victime à l'état antérieur à l'acte dommageable, ce qui signifie **qu'elle doit être individualisée** à la situation de la victime. Or, un barème aurait tendance à figer les

5. COUSIN, Clément. Le débat sur le référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel à l'heure des bases de données. *La semaine juridique*, Édition générale, n° 17, 24 avril 2017, p. 832-836.

Droit de l'espace numérique

indemnisations. Dans son article, Clément Cousin évoquait déjà les perspectives fournies par les algorithmes. Ceux-ci allaient permettre une analyse et des résultats plus fins. Cependant, cette précision et cette fiabilité offertes par l'algorithme comportent également un danger : alors que les fourchettes offriraient au juge un plus grand pouvoir d'interprétation, l'IA est en mesure de proposer des chiffres beaucoup plus précis, ce qui risque de figer encore plus l'indemnisation.

En tous les cas, l'objectif affiché de l'algorithme est d'aider les parties à évaluer le montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre, ce qui renforce la prévisibilité des décisions de justice. Pour y parvenir, DataJust analyse l'ensemble des décisions rendues en appel entre 2017 et 2019 par les juridictions administratives et civiles dans les seuls contentieux portant sur l'indemnisation des préjudices corporels. Le décret paru en 2020 consiste ainsi à encadrer réglementairement le projet DataJust. Pourquoi ? Car pour parvenir à ses fins, DataJust a besoin de collecter des données personnelles figurant dans des décisions de justice, de sorte qu'en collectant et conservant de telles données, il opère un traitement soumis à la **loi Informatique et Libertés (I&L)**. Les exigences réglementaires sont d'autant plus fortes que, s'agissant de décisions relatives à l'indemnisation de préjudices corporels, elles sont susceptibles de collecter des données relatives à la santé des personnes qui sont considérées comme **des données sensibles** au sens de la loi I&L. Par conséquent, cela exige la rédaction d'un décret pris en Conseil d'État après avis de la CNIL (art. 6 II et art. 31 II de la loi I&L).

Droit de l'espace numérique

Dans son avis, la CNIL s'est montrée exigeante eu égard au caractère « inédit » d'un tel outil et pour cause, nous sommes en présence d'un algorithme auto-apprenant. Elle exige du ministère qu'il lui adresse un bilan à la fin de la phase de développement, élément indispensable s'il souhaite pérenniser son outil. Ce bilan doit notamment rendre compte de l'existence de biais algorithmiques. Cette problématique est particulièrement évoquée outre-Manche où des logiciels de justice prédictive existent, notamment pour évaluer le risque de récidive. Ces logiciels sont régulièrement mis en cause, car ils génèrent des discriminations, notamment ethniques, prenant pour acquis un constat statistique⁶. Le projet de règlement européen sur l'IA posera peut-être des bases, notamment méthodologiques, sur le développement des algorithmes, mais en attendant, la CNIL prend les devants en exigeant un bilan qui nécessite *de facto* une analyse approfondie du fonctionnement de l'algorithme. Elle souligne également que, si le ministère affirme bénéficier d'un accompagnement spécifique pour éviter ces biais, elle attend des garanties quant à sa mise en œuvre. Outre ce point, et d'autres recommandations, elle a confirmé l'essentiel du projet. Que reprochaient donc les requérants à DataJust devant le Conseil d'État ?

Dans un premier contentieux en 2020, ils ont introduit un référé-suspension. Cette procédure, d'urgence permet d'obtenir la suspension de l'exécution d'une décision administrative (ici, la mise en œuvre du projet DataJust) si une urgence est démontrée ainsi

6. JEAN, Aurélie. Police prédictive : les algorithmes font-ils la loi ? [Podcast FranceCulture](#), 8 octobre 2021.

Droit de l'espace numérique

qu'un doute sérieux sur la légalité de la décision. Concernant l'urgence, les requérants estimaient que le projet portait directement atteinte à la vie privée des personnes (eu égard à l'utilisation de leurs données) et aux intérêts des avocats défendant les victimes. Concernant le doute sérieux quant à la légalité du décret attaqué, ils estimaient que le projet n'apportait pas les « garanties suffisantes » en matière de droits et libertés des personnes, notamment pour la protection de leurs données. Dans [une décision rendue le 26 mai 2020](#), le Conseil d'État rejette ce référé, estimant que l'urgence n'est pas démontrée. En effet, DataJust n'est qu'un projet expérimental qui n'est pas mis en œuvre et ne porte donc pas atteinte « aux intérêts des justiciables (...) recherchant l'indemnisation d'un préjudice corporel ». En effet, la situation des personnes dont les données sont collectées afin de définir un modèle prédictif est déjà traitée et elles sont déjà indemnisées. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'analyser les motifs liés au doute sérieux quant à la légalité de la décision puisque la première condition du référé n'est pas remplie.

S'ensuit alors un second contentieux, au fond, dont la décision est intervenue en fin d'année 2021. Nous n'allons pas évoquer ici les moyens de légalité externe (liés à la forme et à la procédure) mais uniquement les moyens de légalité interne, qui nous intéressent d'autant plus que l'heure est à la recherche de l'utilisation de l'IA au profit du public et des administrations. En l'espèce, il s'agissait de savoir si le traitement de DCP mis en œuvre par la Justice respectait le cadre réglementaire de la loi I&L.

Sur les finalités du traitement, à savoir « la réalisation d'évaluations

Droit de l'espace numérique

rétrospectives et prospectives des politiques publiques en matière de responsabilité civile ou administrative » et « la création d'un référentiel d'indemnisation », le CE souligne qu'elles sont suffisamment déterminées. Les requérants estimaient néanmoins que le projet était « inutile », car il était possible d'obtenir ces informations autrement et qu'il contrevenait au principe « d'individualisation et de la réparation intégrale des préjudices » (cf. supra). Toutefois, le CE rejette ces arguments en rappelant qu'il ne s'agit que d'un projet en phase de développement qui n'est pas mis à disposition des magistrats et des parties. En outre, comme le souligne le rapporteur public, le projet apparaît d'autant plus utile qu'il existe déjà des barèmes, non informatisés, dont la diversité plaide en faveur d'une harmonisation. Enfin, ce projet participe à l'accès à la justice et à la prévisibilité du droit, de sorte que, contrairement à ce qu'estiment les requérants, ce traitement poursuit des finalités de motifs d'intérêt public importants.

Sur les données collectées, il y avait deux angles d'attaque : le fait que les données provenaient d'un autre traitement et le fait que les données collectées étaient excessives par rapport aux finalités recherchées. **Dans un premier temps**, le CE rappelle qu'il est possible, pour un traitement, d'être alimenté par un autre traitement à condition que les finalités de ces deux traitements soient liées. En l'espèce, les données sont extraites de la base de données des décisions de justice du CE et de la Cour de cassation, base qui a pour finalité de participer au règlement du litige et à l'accessibilité du droit. Or, il en va de même du projet DataJust, de sorte qu'il y a bien un lien entre les deux traitements. Le CE rappelle que DataJust n'a pas vocation à avoir une incidence sur les litiges en

Droit de l'espace numérique

question comme le souligne, par ailleurs, *le processus de pseudonymisation* mis en œuvre sur ces décisions. En effet, ce point est très important puisqu'avant de figurer dans DataJust, les décisions de justice sont expurgées des « noms et prénoms des personnes physiques parties aux instances », ce qui atteste des efforts fournis en termes de minimisation des données. On ne parle pas d'anonymisation (au sens de la loi I&L) car, par recoupement (notamment du numéro de la décision de justice qui est conservé), l'on peut identifier une personne. Une exception persiste en tous les cas pour les personnes non parties à l'instance dont les noms pourraient figurer dans le contenu des décisions (expert par exemple). Pour celles-ci, le CE estime que les **garanties supplémentaires** apportées suffisent (impossibilité de requêter sur ces données, accédants au traitement limités et effacement des données au bout de 2 ans). **Dans un second temps**, il était question des autres données collectées dans une décision de justice, telles que les « dépenses de santé, la situation financière des victimes et des responsables, [les] honoraires des médecins et experts ainsi [que les] infractions et condamnations pénales auxquelles les arrêts civils et administratifs peuvent faire référence ». Sur ce point, le CE souligne **qu'elles sont (évidemment) nécessaires à l'évaluation de l'indemnisation des préjudices corporels**.

Sur les accès au traitement, le CE rappelle que les personnes accédantes sont **en nombre très restreint** puisqu'il s'agit des personnes en charge du développement du projet et des agents d'un service du ministère.

Sur les droits des personnes concernées, à savoir des personnes

Droit de l'espace numérique

figurant dans les décisions de justice, les requérants estimaient que les données étaient illégalement traitées, car aucun consentement n'était recueilli et, qu'en outre, certains droits n'étaient pas garantis (le droit à l'information et le droit à l'opposition). **D'une part**, le CE rappelle *qu'il est possible de traiter des données sans le consentement des personnes concernées* si le traitement « est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique » (art. 6 du Règlement général sur la protection des données – RGPD). En l'espèce, et après avoir rappelé que les données des personnes concernées sont pseudonymisées, il estime que l'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation participe à l'exécution d'une mission d'intérêt public et rentre dans le cas où le consentement n'est pas nécessaire. **D'autre part**, le droit à être informé que ces données font l'objet d'un traitement peut être limité, voire non appliqué lorsque « la fourniture de telles informations se révèle impossible ou exigerait des efforts disproportionnés (art. 14 du RGPD) ». Ici, il s'agit de milliers de décisions juridictionnelles, de sorte que **l'information des personnes exigerait un effort disproportionné**. Par ailleurs, le ministère fait mention de DataJust sur son site Internet accessible à tous. S'agissant du droit à l'opposition, il est également écarté par le décret, conformément aux possibilités offertes par l'art. 56 de la loi I&L, puisque l'efficacité du traitement nécessite justement une base de données « aussi représentative et complète que possible ».

Ce dernier point est très intéressant. Nous évoquions en introduction le fait que les requérants craignaient la présence de biais dans le projet, biais qui peuvent être dévastateurs quand il

Droit de l'espace numérique

s'agit de mettre à disposition un outil d'aide à la décision qui pourrait reproduire des discriminations. Pour autant, les requérants reprochaient au traitement de collecter un trop grand nombre de données. Pour le CE, la fiabilité de l'algorithme exige une base de données suffisamment représentative (« **le traitement d'un grand nombre de décisions [est] nécessaire à la fiabilité de l'algorithme** »). Est-ce que cela suffit pour éviter les biais algorithmiques ? Non, et c'est clairement pour cela que la CNIL attend un bilan du modèle prédictif. Il ne faut pas croire pour autant que l'algorithme serait forcément fautif puisque les biais peuvent être de diverses natures, notamment cognitives⁷. Pour aller plus loin sur ce sujet, nous vous recommandons d'écouter Aurélie Jean⁸ ou de lire le rapport établi par Télécom Paris⁹.

Pour conclure, en dépit de la validation du projet par le Conseil d'État et la CNIL, le ministère de la Justice semble finalement avoir abandonné le projet¹⁰. Sur le plan purement juridique, on notera qu'à l'instar du contentieux relatif aux drones qui avait soulevé la

7. C'est-à-dire liées à la personne ayant recours à l'algorithme, à la manière dont elle l'utilise.

8. Aurélie JEAN dans C à Vous le 7 octobre 2021, interview accessible sur Youtube [<https://www.youtube.com/watch?v=eVA1DtxKxTc>]

9. Algorithmes : biais, discrimination et équité. Télécom Paris et fondation Abeona. Février 2019. Disponible sur : <https://www.telecom-paris.fr/algorithmes-biais-discrimination-et-equite>

10. VITARD, Alice. C'est la fin pour DataJust, l'algorithme d'évaluation des préjudices corporels. *Usine-digitale.fr*. Disponible sur : <https://www.usine-digitale.fr/article/c-est-la-fin-pour-datajust-l-algorithme-d-evaluation-des-prejudices-corporels.N1773872> [consulté le 21 janvier 2022].

Droit de l'espace numérique

question du recours à la loi pour les traitements impactant les libertés individuelles, la CNIL souligne ici que le recours à la loi pourrait être opportun afin de concilier les impératifs de bonne administration de la justice et la préservation des droits et libertés fondamentaux. Une telle approche visant à rendre systématique le processus législatif apporte certes des garanties supplémentaires, mais densifie d'autant plus le processus d'élaboration des normes entourant les traitements. En effet, le processus réglementaire représente déjà un travail conséquent et une temporalité importante. À l'heure où l'Europe travaille sur un projet de règlement relatif à l'intelligence artificielle visant à concilier tant les droits fondamentaux que la recherche et l'innovation, la densification des normes ne viendrait-elle pas heurter ces ambitions ?

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

**CONFIANCE DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE
(Partie 1¹)**

Loi organique n° 2021-1728 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire

Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire

Conseil Constitutionnel, n° 2021-829 et 2021-830 DC du 17 décembre 2021

Les projets de lois organique et ordinaire pour la confiance dans l'institution judiciaire ont été déposés le 14 avril 2021 à l'Assemblée nationale et ont été adoptés, dans le cadre d'une procédure accélérée, après deux décisions du Conseil constitutionnel. Il convient de souligner que le Conseil constitutionnel a constaté que la loi ordinaire (n° 2021-830) a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution et n'a examiné aucune disposition de la loi, n'en étant pas saisi et sans soulever d'office une question. La loi organique a été partiellement censurée et accompagnée de réserves d'interprétation. Les lois du 22 décembre 2021 constituent une réforme importante, modifiant et précisant de nombreuses règles de droit pénal de fond et de forme, et redessinant certains pans entiers de procédure pénale.

La loi organique du 22 décembre 2021 pour la confiance dans

1. Partie 2 dans *La veille juridique* de mars 2022.

Actualité pénale

l'institution judiciaire se compose de cinq articles constituant quatre titres relatifs au statut de certaines professions et à la procédure devant la Cour de justice de la République (CJR).

La loi organique (art. 1) permet à d'autres personnes que des magistrats de l'ordre judiciaire d'exercer, de façon temporaire, les fonctions d'assesseur au sein des Cours d'assises et des cours criminelles départementales, à condition de ne pas être majoritaires. Si le Conseil constitutionnel en a validé le principe, il a émis trois réserves d'interprétation afin de rendre le dispositif compatible avec le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire. Les magistrats recrutés à titre provisoire ne peuvent exercer plus d'un tiers des fonctions normalement exercées par des magistrats de carrière, que ce soit à temps partiel ou complet, calcul qui doit être effectué individuellement pour chaque personne, mais aussi proportionnellement pour l'ensemble des contentieux ou services pouvant leur être confiés. La formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature, avant de rendre son avis sur le projet de nomination du candidat, doit s'assurer qu'il présente, au vu de sa compétence et de son expérience, les capacités pour exercer ces fonctions et peut le dispenser de la formation aux fonctions exercées dans ce cas.

L'article 3 de la loi précise les conditions dans lesquelles les avocats honoraires peuvent être nommés pour exercer les fonctions d'assesseur des cours criminelles départementales, dans le cadre d'une expérimentation d'une durée de trois ans. Le Conseil constitutionnel a considéré que le dispositif présente les conditions d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de ces fonctions, étant rappelé qu'ils ne peuvent pas former la majorité de la juridiction. En effet, seuls les avocats honoraires, qui n'effectuent

Actualité pénale

plus d'acte juridique ou judiciaire, n'ont pas été avocats dans le ressort de la cour depuis au moins cinq ans, n'exercent pas de mandat électif public, n'ont pas de lien avec des personnes impliquées dans le traitement de ces dossiers ni de situation de conflit d'intérêts, peuvent accomplir ces fonctions. Ils sont nommés par décret du Président de la République, pris après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature, suivent une formation spécifique à l'École Nationale de la magistrature, prêtent un serment comparable à celui des magistrats, sont tenus au secret des délibérations et soumis au pouvoir disciplinaire dans les mêmes conditions que les magistrats.

L'article 4 autorisait l'enregistrement et la diffusion des audiences devant la CJR. Le Conseil constitutionnel a invalidé le dispositif au motif que le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence et privé de garanties légales les exigences découlant des articles 2 et 9 de la Déclaration de 1789 en prévoyant que l'enregistrement était « de droit ». En effet, si l'enregistrement de ces audiences offre « un intérêt public », son caractère automatique risque de violer le respect de la vie privée et la protection de la présomption d'innocence, équilibre que le législateur devait nécessairement préserver.

La loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, dite ordinaire, se compose de sept titres, dont les deux derniers sont de pure application.

I) ENREGISTREMENT ET DIFFUSION DES AUDIENCES

Le premier titre porte sur des dispositions relatives à

Actualité pénale

l'enregistrement et à la diffusion des audiences.

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse se trouve enrichie d'un article 38 quater qui autorise l'enregistrement audiovisuel des audiences judiciaires et administratives « pour un motif d'intérêt public d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique, en vue de sa diffusion », dans la même logique que l'article précédent qui les autorisait pour un intérêt historique. L'enregistrement a un régime juridique différent selon que l'audience est publique ou non. Si l'audience est publique, l'autorisation est délivrée par un haut magistrat, selon les contentieux, après avis du ministère de la Justice, sauf lorsqu'elle concerne un mineur, auquel cas son accord ou celui de son représentant est nécessaire. Si l'audience n'est pas publique, l'enregistrement est soumis à l'accord préalable et écrit des parties au litige, avec des dispositions spéciales pour les mineurs et les majeurs protégés. Les modalités techniques de l'enregistrement doivent intégrer la dimension particulière de situation et elles « ne portent atteinte ni au bon déroulement de la procédure et des débats, ni au libre exercice de leurs droits par les parties et les personnes enregistrées, dont la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client ». L'emploi du présent de l'indicatif souligne la dimension impérative consubstantielle de cet enregistrement. Afin d'en assurer l'effectivité, la loi prévoit la sanction de cette obligation puisque le magistrat chargé de la police de l'audience « peut, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement », ce qui constitue une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours.

La diffusion intégrale ou partielle de l'enregistrement n'est possible qu'après que l'affaire a été jugée définitivement, sauf pour la Cour de cassation et le Conseil d'État où elle peut être diffusée le jour

Actualité pénale

même. La diffusion a un aspect de formation civique et elle est « accompagnée d'éléments de description de l'audience et d'explications pédagogiques et accessibles sur le fonctionnement de la justice ». Elle recherche intrinsèquement l'équilibre caractérisant la procédure pénale car elle sauvegarde l'ordre public (« ne portant atteinte ni à la sécurité »), ainsi que les droits individuels (« ni au respect de la vie privée des personnes enregistrées, ni au respect de la présomption d'innocence »). À ce titre, à l'exception des mineurs et majeurs protégés, l'image et les autres éléments d'identification des personnes enregistrées ne peuvent être diffusés que lorsque les personnes concernées donnent leur consentement par écrit avant la tenue de l'audience, pouvant se rétracter dans les quinze jours suivant la fin de cette dernière. Aucun élément d'identification ne peut être diffusé cinq ans après la première diffusion ou dix ans après l'autorisation d'enregistrement. Si la loi se soucie de la protection de l'anonymat des parties, ces mesures sont dérisoires à une époque où la médiatisation de la justice est exacerbée et les capacités de mémoire et d'identification algorithmiques d'Internet quasi illimitées.

Tout enregistrement ou diffusion en violation de ces conditions expose son auteur à une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

La loi introduit une dérogation importante à l'article 11 du Code de procédure pénale, garantissant le secret au cours de l'instruction et de l'enquête. L'enregistrement peut porter sur les audiences organisées dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction, mais aussi sur des auditions, interrogatoires et confrontations. Dans ces dernières hypothèses, les parties doivent donner leur accord et le

Actualité pénale

juge d'instruction peut, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement.

II) DISPOSITIONS ASSURANT LE DÉROULEMENT DES PROCÉDURES PÉNALES

A) Les dispositions assurant les garanties au cours de l'instruction et de l'enquête

1. Limitation de la durée de l'enquête préliminaire

En se rattachant aux principes directeurs de la procédure pénale, la loi du 22 décembre 2021 les a renforcés au sein des phases préparatoires du procès.

Pour renforcer le respect du contradictoire et les droits de la défense, un nouvel article 75-3 du Code de procédure pénale (c. proc. pén.) limite la durée de l'enquête préliminaire à deux ans après le premier acte, même si ce dernier est intervenu dans le cadre d'une enquête de flagrance. L'enquête peut être prolongée une seule fois, pour une durée maximale d'un an, par autorisation écrite du procureur de la République. Les enquêteurs doivent donc transmettre le dossier de l'enquête clôturé au Procureur de la République et tout acte effectué après l'expiration des délais est nul, sauf si la personne a été mise en cause au sens de l'article 75-2 c. proc. pén. En cas d'enquête sur des crimes ou des délits appartenant à la délinquance organisée ou à caractère terroriste, le délai est porté respectivement à trois ans de durée maximale avec une prolongation possible de deux ans. Si les délais de plusieurs

Actualité pénale

enquêtes regroupées sont comptés, la date de l'acte le plus ancien étant prise en compte, tel n'est pas le cas de la demande d'entraide judiciaire internationale ou d'une décision de classement sans suite, qui suspendent le délai. Dans le cadre des actes effectués par le procureur européen délégué, au-delà du délai de droit commun de deux ans, il doit nécessairement se placer dans le cadre de l'instruction, ce qui permet d'intégrer la dualité assumée de ce nouveau procureur qui peut effectuer des actes de magistrat instructeur, tout en appartenant au Parquet.

Ce nouveau dispositif s'applique seulement aux enquêtes commencées après le 24 décembre 2021, date d'entrée en vigueur de la loi. Cela permet aux enquêteurs de pleinement programmer et déployer le délai qui leur est conféré par la loi, sans être piégés par des procédures approchant de la durée limite fixée par la nouvelle loi. Cependant, la réduction des délais a été jugée comme particulièrement préoccupante par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), en particulier, car compte tenu de la technicité et de la complexité des investigations en matière économique, financière, douanière, la durée de droit commun est insuffisante pour donner des résultats positifs. Néanmoins, l'exclusion des infractions les plus graves (terrorisme et criminalité organisée) permet de prolonger la durée de l'enquête jusqu'à cinq ans. Tout de même, il est possible de remarquer que cette même limitation de 2+3 s'applique aux crimes, alors que l'instruction est obligatoire en la matière, ce qui rend le délai global difficilement compatible avec le délai raisonnable du procès.

Actualité pénale

2. Renforcement du contradictoire

Selon le nouvel article 77-2 c. proc. pén., à tout moment de la procédure d'enquête préliminaire, le procureur de la République peut indiquer qu'une partie du dossier de la procédure est mise à la disposition des parties ou des avocats les représentant et formuler des observations, sauf si cette décision risque de porter atteinte à l'efficacité de la procédure. Dans certains cas particuliers (garde à vue, audition libre, perquisition remontant à plus d'un an, atteinte à la présomption d'innocence de la personne par un moyen de communication au public, sauf en cas de terrorisme ou de criminalité organisée), la personne peut demander à prendre connaissance du dossier ou à formuler des observations. Le procureur peut s'y opposer pendant une durée maximale de six mois, son refus pouvant être contesté devant le Procureur Général. Le délai est porté à un an pour les infractions terroristes ou tenant à la criminalité organisée. Si la communication de la procédure est toujours une faculté pour le Procureur, il existe des hypothèses où elle devient obligatoire, compte tenu de la gravité des actes effectués à l'égard de la personne (audition libre, garde à vue, perquisition), même si l'enquête ne paraît pas terminée. En l'absence de communication de la procédure dans les deux ans suivant ces actes, l'enquête ne peut se poursuivre. Cependant, le procureur peut bloquer la communication pendant six mois ou décider de retirer certains actes qui permettraient des pressions sur les parties ou les tiers. La demande d'accès peut être également faite par la personne dont la présomption d'innocence a fait l'objet d'une atteinte par voie de communication d'informations au public, donc par voie médiatique, sauf si cette communication émanait de la personne elle-même ou

Actualité pénale

de son avocat ou si elle concernait des infractions terroristes, de criminalité ou délinquance organisées. L'intention du législateur est louable, car il entend protéger plus efficacement la présomption d'innocence, avec la réserve d'une absence de définition légale, qui laisse libre cours à une interprétation plus ou moins large de la notion. Le simple compte rendu dans la presse de certains actes de procédure sont-ils une atteinte à la présomption d'innocence ou faut-il nécessairement présenter la personne comme coupable ? La personne ayant accès à la procédure peut formuler des observations « sur la régularité de la procédure, sur la qualification des faits pouvant être retenue, sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête, sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes qui seraient nécessaires à la manifestation de la vérité et sur les modalités d'engagement éventuel des poursuites ou le recours éventuel à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ».

3. Le secret de l'avocat

Le secret de l'avocat a cristallisé les débats et déchaîné les passions. Entre dispositions de principes et techniques, il se trouve clairement revendiqué, mais pas réellement renforcé.

Du point de vue des principes, l'article préliminaire du c. proc. pén. continue dans la construction en forme de mille-feuilles puisqu'il se trouve complété d'un nouvel alinéa assurant que le respect du secret professionnel de la défense et du conseil est garanti au cours de la procédure pénale dans son ensemble.

Du point de vue de sa mise en œuvre, les garanties offertes à l'avocat dans le cadre des actes d'investigation sont augmentées.

Actualité pénale

D'une part, la procédure dérogatoire de perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat, selon l'article 56-1, reposant sur l'intervention obligatoire d'un magistrat et du bâtonnier ou de son représentant, est modifiée à la marge, puisqu'elle ne peut intervenir que sur décision écrite du juge des libertés et de la détention (JLD), mais est restreinte expressément dorénavant, car elle ne peut avoir lieu « que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe ». De même, « aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil » ne peut être saisi et placé sous scellé. Donc, le juge devra veiller non seulement à ce que l'acte d'investigation ne porte pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, comme auparavant, mais aussi à ne pas préjudicier les droits de la défense, s'étendant de fait aux clients des avocats. Dorénavant, le JLD doit statuer sur la régularité de la saisie dans un délai de cinq jours, par une ordonnance motivée, susceptible de recours devant le président de la chambre de l'instruction qui a aussi cinq jours pour se prononcer.

Le dispositif est complété par deux articles supplémentaires. L'article 56-1-1 prévoit que, lorsqu'un document de ce type est découvert lors d'une perquisition dans un autre lieu que le cabinet ou le domicile d'un avocat, la personne peut alors s'opposer à sa saisie. Il est, dès lors, placé sous scellé fermé, fait l'objet d'un procès-verbal distinct, est transmis sans délai au JLD qui lui applique la procédure dérogatoire de l'article 56-1, notamment en ce qui concerne l'intervention du représentant de l'ordre professionnel.

Actualité pénale

L'article 56-1-2 prévoit que la procédure dérogatoire n'est pas applicable en cas de fraude fiscale (articles 1741 et 1743 du Code général des impôts) ou de financement du terrorisme (article 421-2-2), de corruption et trafic d'influence en France (article 433-1, 433-2) ou à l'étranger (article 435-1 à 435-10), ainsi que de blanchiment de ces infractions, « sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions ». Ces conditions sont cumulatives, ce qui aura pour effet de rendre l'utilisation de l'exception plus difficile, mais elles introduisent une nouvelle dérogation à la protection du secret de l'avocat. L'évolution des dispositifs de lutte, dans le cadre interne, européen ou international, a progressivement élargi la liste des professions devant lutter contre le blanchiment, intégrant les professions juridiques. Si les avocats ont disposé d'un régime dérogatoire, compte tenu de la nature particulière de leur secret, ils n'en ont pas été exclus. La loi du 12 mai 2009 a ainsi soumis les avocats à la procédure de déclaration facultative de soupçons, mais en prévoyant une procédure dérogatoire (passant par le filtre professionnel) et en les exemptant de cette obligation dans le cadre de l'exercice des droits de la défense, que ce soit pour leur activité de représentation juridictionnelle ou de conseil, sauf en cas de participation infractionnelle. Même si leur obligation était donc considérablement réduite, une première limite a été posée au secret de l'avocat, limite validée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Si les juges constatent que la Convention protège le droit fondamental au secret de l'avocat, il n'est pas « intangible », et il n'y a pas « une atteinte excessive eu égard à

Actualité pénale

l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment de capitaux et à la garantie que représente l'exclusion de son champ d'application des informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles, ainsi que de celles reçues ou obtenues dans le cadre d'une consultation juridique », sauf des cas où le conseiller juridique a par son action une place active dans le blanchiment de capitaux (CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*). Dès lors, il est possible de limiter le secret de l'avocat en vue de protéger un intérêt considéré comme supérieur. L'État a le droit de fixer des priorités de politique criminelle, ce qui a été fait par la loi du 22 décembre 2021, en matière de fraude fiscale, corruption et leur blanchiment. Ainsi, la France confirme sa volonté de lutter très vigoureusement contre les infractions fiscales et portant atteinte à la probité, au détriment d'autres segments de criminalité considérés comme moins importants. En même temps, la loi fait peser un soupçon structurel et fonctionnel sur les avocats qui sont considérés comme impliqués dans les infractions fiscales et de corruption.

D'autre part, dans la logique du dispositif applicable à la perquisition, la loi modifie aussi le dispositif applicable aux réquisitions. L'article 60-1 permettant les réquisitions informatiques est complété par un article 60-1-1 portant sur des données de connexion émises par un avocat et liées à l'utilisation d'un réseau ou d'un service de communications électroniques, qu'il s'agisse de données de trafic ou de données de localisation, qui ne peuvent être faites que sur ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le procureur de la République, avec obligation d'en aviser le bâtonnier. De plus, cette procédure est

Actualité pénale

soumise à la double condition de nécessité et proportionnalité, car l'article prévoit que l'ordonnance fait état « des raisons plausibles de soupçonner que l'avocat a commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure (...), ainsi que de la proportionnalité de la mesure au regard de la nature et de la gravité des faits ». Ainsi, les réquisitions portant sur les factures détaillées, au cœur de polémiques ayant alimenté les chroniques judiciaires et médiatiques ces dernières années, ne sont autorisées que si l'avocat lui-même est soupçonné d'avoir participé directement ou indirectement l'infraction. L'accès est autorisé par le JLD par voie d'ordonnance insusceptible de recours.

Ce même régime dérogatoire est étendu aux interceptions prévues aux articles 100 s. c. proc. pén. portant sur la ligne dépendant d'un cabinet d'avocat ou de son domicile. Les interceptions sont interdites, sauf s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction. Cette protection renforcée est exclue dans le cadre des infractions fiscales et de corruption, par renvoi à l'article 56-1-2.

De façon générale, il est possible de remarquer que les modifications apportées au droit positif sont de portée mineure par rapport à l'ampleur des discussions juridiques qui les ont entourées, dues autant à l'ancienne qualité professionnelle d'avocat du garde des Sceaux qu'à des affaires célèbres largement médiatisées. Il est possible de remarquer que la loi a proposé une nouvelle expression légale sous la forme « du secret professionnel de la défense et du conseil ». En cela, elle rejoint la double activité visée par le texte de référence (l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971

Actualité pénale

portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques auquel renvoie l'alinéa ajouté par la loi du 22 décembre 2021) et admise par la législation française dans le cadre des dispositifs de lutte anti-blanchiment, donnent une assise large à ce secret. Mais il se trouve automatiquement restreint par l'usage de l'adjectif employé par la loi qui le caractérise de secret « professionnel ». Or, la particularité du secret de l'avocat est qu'il va bien au-delà d'un simple secret professionnel. Certes, il est imposé par l'exercice de la profession dans le cadre de laquelle on reçoit l'information qui est soumise à l'obligation de confidentialité. Il est aussi le prolongement du rapport contractuel qui se noue entre l'avocat et son client. Mais il est surtout et avant tout l'expression des droits de la défense dans le cadre du procès équitable. Pourquoi l'avocat doit-il intervenir dès le début de la procédure pénale, pendant la garde à vue ? Pas seulement en raison de sa profession, mais en raison de son rôle dans la garantie des droits de la défense. Le secret « professionnel » de l'avocat protège un intérêt individuel, celui du client, un intérêt collectif, celui de la profession, mais perd de vue l'intérêt général résidant dans le procès équitable. À force de vouloir préciser les notions, on perd de vue l'essentiel et la réforme est contrastée du point de vue de la protection de son objectif – les droits de la défense.

4. Protection accrue du secret de l'enquête et de l'instruction

Afin de mieux protéger la présomption d'innocence, la loi de 2021 a renforcé le secret de l'enquête et de l'instruction en le rendant

Actualité pénale

autonome des autres violations de secret professionnel et en augmentant les peines encourues.

L'article 434-7-2 du Code pénal (c. pén.) punissait la révélation, par la personne ayant eu connaissance, en raison de ses fonctions, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction à des personnes susceptibles d'être impliquées dans l'infraction « dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité ». En dehors de cette hypothèse spécifique, la révélation des informations à d'autres personnes donnait lieu à l'application classique du délit de violation du secret professionnel, en application des articles 226-13 et 226-14 c. pén.

La loi de 2021 a érigé le délit de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction en infraction autonome. L'article 11 c. proc. pén. définissant le champ d'application du secret de l'enquête et de l'instruction (« toute personne qui concourt à cette procédure ») ne renvoie plus aux articles 226-13 s. c. pén. mais à l'article 434-7-2 qui a été totalement réécrit. Le nouvel alinéa 1 de l'article 434-7-2 prévoit que « sans préjudice des droits de la défense reconnus à la personne suspectée ou poursuivie ou des droits des victimes, le fait pour toute personne qui, en raison de ses fonctions, a connaissance, en application du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit de révéler sciemment ces informations à des tiers est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Ainsi, la violation du secret de l'enquête et de l'instruction donne lieu à cette qualification spéciale, sortant *de facto* du champ d'application de l'infraction générique de violation de secret professionnel, en vertu de la règle selon laquelle la règle spéciale

Actualité pénale

l'emporte sur la règle générale, et expose son auteur à des peines plus sévères, du triple de celles prévues pour l'infraction générique. En revanche, les parties à la procédure ne sont toujours pas soumises à l'obligation de confidentialité et la presse bénéficie d'un régime spécial. Lorsque la révélation est faite aux personnes qui sont susceptibles d'avoir participé à l'infraction, la répression est aggravée et portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende et même, lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement appartenant à la délinquance organisée, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende. Pour assurer la cohérence conceptuelle du nouveau dispositif, la loi a aussi modifié l'article 114-1 c. proc. pen. qui punit la diffusion, par une partie, d'une reproduction des pièces ou actes d'une procédure d'instruction qui lui a été remise à ce titre, de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, en lieu et place de l'ancienne peine unique d'amende de 10 000 euros.

L'article 11 a été doublement modifié par souci de cohérence pour s'articuler avec le nouvel article 434-7-2, mais aussi en ce qui concerne les « fenêtres de publicité » qui permettent de rendre publics certains éléments objectifs de procédure « ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause », en application de son dernier alinéa. D'une part, les informations étaient délivrées par le procureur de la République exclusivement, elles pourront dorénavant être communiquées « par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire agissant avec son accord et sous son contrôle », témoignant d'une plus grande intégration des enquêteurs dans la maîtrise de tous les aspects de l'enquête, même si ces derniers ne peuvent agir de leur

Actualité pénale

propre initiative et ne font que représenter le magistrat qui continue de les contrôler. D'autre part, l'article 11 admettait une double hypothèse de justification de la communication de ces informations : « afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public ». Il s'enrichit d'une nouvelle hypothèse qui ouvre considérablement son champ d'application – « lorsque tout autre impératif d'intérêt public le justifie » – puisqu'elle ne correspond pas à une notion déterminée en droit pénal.

B) La limitation de la détention provisoire

La détention provisoire est, une nouvelle fois, modifiée, car la loi veut favoriser les dispositifs de surveillance électronique. L'article 137-3 comportait l'obligation pour les juges de justifier, en plus du principe de la détention provisoire elle-même, « des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ». Dorénavant, l'article est complété par une disposition portant expressément sur la matière correctionnelle qui oblige les juges à motiver spécialement « des considérations de fait sur le caractère insuffisant des obligations » de l'assignation à résidence avec surveillance électronique mobile ou du dispositif électronique anti-rapprochement en cas de violences conjugales. Pour favoriser sa mise en œuvre, la loi a complété l'article 146-2 c. proc. pén. qui prévoit une saisine obligatoire du service pénitentiaire d'insertion et de probation pour vérifier la faisabilité technique de la mesure lorsqu'elle est demandée par la personne, si

Actualité pénale

la personne encourt une peine inférieure ou égale à cinq ans, etc.

C) Le jugement des crimes

Dans la volonté affirmée d'améliorer le jugement des crimes, la loi du 22 décembre 2021 a modifié la procédure applicable à de nombreux égards, qu'il s'agisse de la compétence, de la procédure ou des principes directeurs.

La loi prévoit la création d'une réunion criminelle en présence du ministère public et des avocats de l'ensemble des parties, avec la possibilité d'utiliser les moyens de télécommunication, « afin de rechercher un accord sur la liste des témoins et des experts qui seront cités à l'audience, sur leur ordre de déposition et sur la durée de l'audience ». Cet accord de principe ne fait pas obstacle, « en cas de nécessité », à citer d'autres témoins, experts ou à modifier l'ordre de déposition.

La compétence des juridictions d'instruction est modifiée afin de tenir compte de l'introduction définitive des cours criminelles départementales dans le système judiciaire. Ainsi, les juges d'instruction des pôles d'instruction sont seuls compétents pour connaître des informations en cas de cosaisine. En revanche, pour les crimes punis de quinze ans ou vingt ans de réclusion criminelle, en l'absence de récidive légale, le procureur de la République peut saisir un juge d'instruction d'un tribunal où il n'y a pas de pôle s'il estime qu'en raison des circonstances de l'espèce et de l'absence de complexité des faits, il n'y aura pas de recours à la cosaisine en cours de procédure. Par voie détournée, les juges d'instruction des tribunaux dépourvus de pôles d'instruction reviennent en grâce,

Actualité pénale

après une période de flou total de plus de dix ans.

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire introduit une nouvelle procédure dérogatoire applicable aux crimes sériels aux articles 706-106-1 s. c. proc. pén. Une spécialisation des juridictions est envisagée puisque la loi prévoit qu'une ou plusieurs juridictions seront désignées par décret pour exercer une compétence concurrente pour l'enquête, l'instruction et le jugement de certaines infractions d'atteintes volontaires à la vie (articles 221-1 à 221-5), les tortures et actes de barbarie (articles 222-1, 222-3 et 222-6), les viols (222-23 à 222-26), l'enlèvement et la séquestration (articles 224-1 à 224-3), lorsque les investigations présentent une certaine complexité et qu'au moins une des deux conditions posées par le texte est remplie. La première prévoit que ces « crimes ont été commis ou sont susceptibles d'avoir été commis de manière répétée à des dates différentes par une même personne à l'encontre de différentes victimes ». La deuxième porte sur le fait que leur « auteur n'a pas pu être identifié plus de dix-huit mois après leur commission ». La juridiction saisie de cette affaire devra se dessaisir au profit de la juridiction à compétence concurrente. Il est possible d'envisager une information « ayant pour objet de retracer l'éventuel parcours criminel d'une personne condamnée pour des faits relevant de l'article 706-106-1 ou pour laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre de tels faits ».

La loi du 22 décembre 2021 a introduit les cours criminelles départementales de façon générale, sur l'ensemble du territoire, et pérenne, n'étant plus limitée à la durée d'une expérimentation. Les cours criminelles départementales sont compétentes pour des crimes punis de quinze ou vingt ans de réclusion criminelle qui ne

Actualité pénale

sont pas commis en état de récidive légale. Lorsqu'une ordonnance de mise en accusation a renvoyé l'accusé devant une Cour d'assises au lieu d'une cour criminelle départementale ou inversement, le président de la chambre de l'instruction peut procéder à la rectification de cette erreur par ordonnance motivée et renvoyer l'accusé devant la juridiction compétente, même si l'ordonnance du juge d'instruction n'est plus susceptible d'appel.

La cour criminelle départementale siège dans le même ressort que la Cour d'assises. Elle se compose d'un président et de quatre assesseurs, dont deux assesseurs au plus « parmi les magistrats exerçant à titre temporaire ou les magistrats honoraires exerçant des fonctions juridictionnelles » (voir *supra* loi organique du même jour). Un de ces assesseurs peut être un avocat honoraire exerçant des fonctions juridictionnelles, expérimentation de trois ans à mettre en place dans plusieurs départements, exception dans laquelle un seul assesseur non professionnel peut faire partie de la cour criminelle départementale.

Si la cour criminelle départementale considère que les faits recouvrent une qualification criminelle punie de trente ans de réclusion criminelle ou la réclusion criminelle à perpétuité, elle renvoie devant la Cour d'assises. En revanche, la loi ne prévoit pas cette règle pour la Cour d'assises, qui reste donc compétente pour tous les crimes, même ceux qui relèveraient de la compétence normale de la cour criminelle départementale, en vertu de l'adage selon lequel « celui qui peut le plus, peut le moins ». L'appel de la décision de la cour criminelle départementale est examinée par la cour d'assises d'appel, dans les mêmes conditions de procédure que celles prévues pour les appels des verdicts de Cours d'assises.

Police administrative

Jérôme Millet

**Les militaires de la gendarmerie peuvent assister,
durant leur service, à la messe de la Sainte- Geneviève
dans une église**

TA Nîmes, 19 février 2021, n° 1900022, Assoc. La libre pensée du Gard

Il fallait bien que cela arrive : que, dans une « République indivisible, laïque, démocratique et sociale » (art. 1^{er} al. 3 de la Constitution), une fête patronale annuelle comprenant un office religieux dans une église auquel il est permis à des militaires de la gendarmerie de participer, en uniforme¹, pendant leurs heures de service, n'ait pas encore été contestée devant le juge administratif ne pouvait pas durer. C'est chose faite, à l'initiative de l'association La libre pensée du Gard qui exerçait un recours devant le juge administratif contre la note de service du commandant de groupement de gendarmerie départementale du Gard, en date du 6 novembre 2018, invitant les personnels civils et militaires à participer à la cérémonie de la Sainte-Geneviève, patronne de cette « force armée » (CSI, art. L 421-1).

Sans surprise, les requérants invoquaient le principe de laïcité et le devoir de réserve des militaires à l'appui de leur requête. L'article L. 4121-1 du Code de la défense dispose, en effet, que les opinions ou croyances des militaires ne peuvent « être exprimées qu'en

1. Car « tout militaire en service porte l'uniforme (...) », selon l'article D. 4137-2 du Code de la défense.

Police administrative

dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. Cette règle s'applique à tous les moyens d'expression. Elle ne fait cependant pas obstacle au libre exercice des cultes dans les enceintes militaires (...) », tandis qu'en vertu de l'article R. 434-32 du Code de la sécurité intérieure, « les militaires de la gendarmerie ne peuvent exprimer des opinions ou croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire (...) ».

Tout d'abord, le tribunal a rappelé que, en vertu des principes de laïcité et de neutralité et comme pour les autres agents publics, les militaires de la gendarmerie bénéficient de la liberté de conscience ainsi que du libre exercice des cultes dans les conditions fixées par les textes qui régissent leur statut : en effet, il est acquis que « « tout militaire (...) quel que soit son grade, a droit au respect de ses opinions religieuses ou politiques et nul ne peut être puni (...) en raison de ses idées »².

Toutefois, ils ne peuvent manifester leurs croyances religieuses dans le cadre du service public. Puisqu'ils incarnent la fonction et le service publics, ils doivent faire disparaître, en service, leur identité et leurs croyances religieuses au seul profit de l'action publique et de l'intérêt général neutre et laïque : il est donc possible aux militaires de croire et même de pratiquer un culte mais ce, hors du service ou – en service – dans les espaces dédiés des « enceintes militaires ».

En l'occurrence, pour justifier ce caractère traditionnel et festif, la

2. COUTANT, Pierre, *La fonction publique militaire*, Lavauzelle, Paris, 1960, p. 92.

Police administrative

décision relève que la cérémonie de la Sainte-Geneviève est organisée par la gendarmerie nationale « depuis de nombreuses années ». Dès lors, le fait pour les agents d'y participer ne peut, « à lui seul », dit le juge administratif, être regardé comme la « manifestation de convictions religieuses dans le cadre du service public ni comme relevant de l'exercice d'un culte ». Le tribunal administratif a estimé que la Sainte-Geneviève constitue « une manifestation annuelle, traditionnelle et festive participant à la cohésion et à la représentation de l'institution », revêtant les caractéristiques de la cérémonie locale entendue par la jurisprudence comme « la pratique régulière et suffisamment durable (...) à la condition que cette pratique n'ait pas été interrompue dans des conditions telles qu'il y ait lieu de la regarder comme abandonnée » (CE, 14 octobre 2015, Commune de Boissettes, n° 374601, à propos des sonneries de cloches).

Dans une réponse à une question parlementaire, le ministère de l'Intérieur avance, par ailleurs, l'idée selon laquelle cette cérémonie n'est pas seulement religieuse mais est à la fois festive et prétexte à un regroupement professionnel et corporatiste : « Comme tout citoyen, [les gendarmes] peuvent ainsi assister à des cérémonies religieuses, en uniforme ou non, de leur propre chef en dehors du service, ou pendant celui-ci quand les circonstances l'imposent (tâches de représentation, obsèques religieuses de soldats morts au combat...) ou encore quand ces cérémonies relèvent de la tradition. Comme il est d'usage dans les forces armées à l'occasion des fêtes patronales, une cérémonie est organisée à l'occasion de la célébration de la fête de Sainte-Geneviève, patronne de la

Police administrative

gendarmerie nationale. Cette activité de tradition participe à la cohésion de l'institution. Ces cérémonies, qui peuvent comprendre un office religieux, se déroulent dans le respect de la liberté de conscience de chacun. La participation à l'office religieux ne revêt aucun caractère obligatoire et n'y assistent que les seuls personnels volontaires. Ce principe étant ainsi posé, les cérémonies organisées à cette occasion ne dérogent pas aux principes républicains » (Rép. Min. n° 44825 : JO AN 28 janv. 2014, p. 871).

Au final, le tribunal rejette le recours en annulation et pose le principe suivant :

« si les militaires de la gendarmerie bénéficient de la liberté de conscience ainsi que (...) du libre exercice des cultes, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils manifestent leurs croyances religieuses dans le cadre du service public. Ces principes ne font toutefois pas obstacle à ce que les militaires de la gendarmerie soient invités et autorisés, durant le service, à assister à un office religieux dans une église, lorsque cette invitation présente un caractère facultatif et s'inscrit dans le cadre d'une manifestation annuelle, traditionnelle et festive participant à la cohésion et à la représentation de l'institution ».

La décision ne manquera pas d'être critiquée sur deux aspects, au moins : en effet, il est un peu court de relever, comme le fait le juge administratif, que la Sainte-Geneviève est organisée « depuis de nombreuses années » : pour qu'un événement devienne traditionnel, il faut certes qu'il ne soit pas interrompu, et même

Police administrative

aussi que la pratique existât avant 1905 pour qu'elle devienne culturelle ; or, c'est par un décret du 18 mai 1962 que le Pape Jean XXIII établit Sainte-Geneviève comme patronne « des gendarmes français, gardiens de l'ordre public ». La décision pourrait également être critiquée sous l'angle de la rupture d'égalité avec les autres cultes, même si leurs représentants sont conviés à officier lors de la célébration, dans un esprit œcuménique.

Donnons donc, s'il en est encore temps, à cette force armée le droit qu'elle mérite pour qu'elle évite les complications contentieuses d'un juge administratif ou d'un juge européen.

Pour aller plus loin :

Clément BENELBAZ et Mathieu TOUZEIL-DIVINAN, *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2021, Chronique Laïcité(s), art. 330.

François CHAUVANCY, « La laïcité dans les armées : une contrainte, une nécessité, une liberté ou une force », *Inflexions*, 2008/2, n° 9, p. 89.

Samel DELIANCOURT, note sous TA Nîmes, 19 février 2021, n° 1900022, Assoc. La libre pensée du Gard, *JCP A*, 2021, comm. 2097 et *JCP A* act. 163.

Xavier LATOUR, « Le juge administratif et la laïcité dans les armées », *Droit et Défense*, 2002/4, p. 35.

Police administrative

Contrôle d'alcoolémie : comment se calcule la marge d'erreur des éthylomètres ?

Crim. 14 décembre 2021, FS-B, n° 20-86.969

Les faits à l'origine de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 14 décembre 2021 sont d'une banalité confondante pour n'importe quel militaire de la gendarmerie nationale : à l'issue d'un accident de la circulation, un individu fait l'objet d'un contrôle d'alcoolémie. Deux taux successifs sont relevés : 0,44 milligramme par litre d'air expiré (mg/l) puis 0,41 mg/l. Il est poursuivi pour conduite en état alcoolique caractérisée par une concentration d'alcool dans l'air expiré d'au moins 0,40 mg/l, en l'espèce 0,41 mg/l, délit de fuite et défaut de maîtrise.

Le tribunal correctionnel l'a déclaré coupable des chefs susmentionnés, l'a condamné à 70 heures de travail d'intérêt général, à un mois de suspension du permis de conduire et à 75 euros d'amende tandis que la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Bordeaux le condamne, pour conduite en état alcoolique et délit de fuite, à huit mois d'emprisonnement avec sursis probatoire, dix mois de suspension du permis de conduire et, pour défaut de maîtrise, à 75 euros d'amende. L'individu forme un pourvoi et c'est l'arrêt de la Cour de cassation qui est chroniqué.

La fiabilité des vérifications par éthylomètre est régulièrement contestée par des prévenus qui, pour ce faire, prennent souvent appui sur l'arrêté du 8 juillet 2003 relatif au contrôle des

Police administrative

éthylomètres lequel définit, en son article 15, les erreurs maximales tolérées applicables lors de la vérification périodique ou de tout contrôle en service. La question de la prise en compte de cette marge d'erreur par le juge pénal à l'occasion d'une poursuite a été, de longue date, réglée par la Cour de cassation. Cette dernière a, en effet, jugé, d'une part, que les marges d'erreur prévues par les dispositions réglementaires peuvent s'appliquer à une mesure effectuée lors d'un contrôle d'alcoolémie et pas seulement lors des vérifications ou des contrôles. Elle avait ainsi jugé qu'il était « loisible au juge [...] d'interpréter les mesures du taux d'alcoolémie effectuées au moyen d'un éthylomètre » (Crim. 31 oct. 2001). Elle a, d'autre part, posé comme principe que l'interprétation des mesures du taux d'alcool effectuées au moyen d'un éthylomètre « constitue pour le juge une faculté et non une obligation » (Cass. crim., 24 juin 2009, n° 09-81.119, Bull. crim. n° 134 ; Crim. 3 sept. 2014 ; Crim. 18 nov. 2014 ; Crim. 18 févr. 2015), le juge conservant toujours une marge d'appréciation (Crim. 31 oct. 2006). Cette jurisprudence, reprise dans de nombreuses décisions, renvoie ainsi au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond quant à la faculté de faire application de la marge d'erreur. Néanmoins, la Cour de cassation contrôle l'usage des chiffres et censure, par exemple, l'erreur de calcul (Cass. crim., 6 mai 2014, n° 13-84.208)³.

Cette stabilité a été balayée par un « revirement de jurisprudence mémorable »⁴ de 2019, à la portée « immense »⁵ (Cass. crim., 26 mars

3. Sur ce point, GAUVIN, Fabrice, *Droit pénal*, juillet-août 2019, p. 20. V. note DESESSARD Laurent, *JCP G*, 2019, p. 571.

4. CÉRÉ, Jean-Paul, *AJ Pénal*, 2019, p. 328.

5. ROBERT, Jacques-Henri, *Droit pénal*, 2019, comm. 108.

Police administrative

2019, n° 18-84.900 ; Dr. pén. 2019, comm. 108, obs. J.-H. Robert). En l'espèce, la mesure faite par éthylomètre avait successivement révélé des taux de 0,43 et de 0,40 mg/l d'air expiré. Le conducteur, condamné pour avoir commis le délit de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, reprochait notamment à la Cour d'appel de ne l'avoir pas suivi dans sa demande de requalification, violant ainsi l'article 15 de l'arrêté du 8 juillet 2003. Dans son cas, l'enjeu était de taille puisque l'application de la marge d'erreur au taux le plus faible permettait de retenir la contravention plutôt que le délit. La Chambre criminelle, rompant avec sa jurisprudence traditionnelle, accueille le pourvoi sur ce moyen en posant désormais comme principe que, lorsqu'il est saisi d'une infraction pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique, le juge doit vérifier que, dans le procès-verbal qui fonde la poursuite, il a été tenu compte, pour interpréter la mesure du taux d'alcool effectuée par éthylomètre, des marges d'erreur maximales prévues par le texte, soit 8 %. La simple faculté devient donc une obligation.

Par ce revirement, le juge judiciaire procédait à une heureuse double harmonisation :

- d'abord, celle de son propre ordre de juridiction puisqu'il permet, au passage, d'écartier toute violation potentielle du principe d'égalité devant la loi – rien que cela ! – en vertu duquel « les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles » (Code de procédure pénale, art. prélim., I) ;
- ensuite, avec la juridiction administrative puisque le Conseil d'État, saisi d'un recours contre une suspension de permis de conduire infligée par le préfet de la Drôme à un automobiliste contrôlé avec

Police administrative

un taux d'alcoolémie de 0,43 mg d'alcool par litre d'air expiré, a estimé qu'« il appartient au [préfet], lorsqu'il entend prononcer la suspension de permis de conduire prévue par l'article L. 224-2 du Code de la route (...), de s'assurer qu'il est établi que ces seuils ont été effectivement dépassés » et, à cet effet, « de prendre en compte la marge d'erreur maximale tolérée (...), sauf si le résultat qui lui a été communiqué mentionne que le chiffre indiqué tient déjà compte de la marge d'erreur, ou fait état d'une marge d'erreur de la technique utilisée inférieure à cette marge maximale » (CE, 14 février 2018, n° 407914, Clemmy FRIDRICH, JCP A, 2018, act. 187 ; AJDA 2018, p. 1200).

L'apport de l'arrêt commenté réside dans la précision de principe suivante : lorsque la personne ayant fait l'objet d'une vérification d'alcoolémie est soumise à un second contrôle en application de l'article R. 234-4 du Code de la route et qui doit être effectué immédiatement après le premier (Crim. 2 déc. 2009, n° 09-82.479), seul le taux qui lui est le plus favorable doit être retenu et se voir appliquer la marge d'erreur de 8 %. Ce faisant, cette cassation est limitée à la déclaration de culpabilité du chef de conduite en état alcoolique et aux peines délictuelles, et ne concerne pas celle des chefs de délit de fuite et de défaut de maîtrise. Le doute doit donc profiter au prévenu. Les juges de la Cour d'appel avaient considéré que le bénéfice de la marge d'erreur est exclu lorsque le taux d'alcoolémie issu du second contrôle est en phase descendante et constitue le taux finalement pris en compte dans la prévention. En l'espèce, les taux étaient respectivement de 0,44 mg/l et de 0,41 mg/l. La marge d'erreur de 8 % devait, selon eux, être appliquée sur le taux de 0,44 mg/l. Ils en déduisaient que le taux de 0,41 mg/l d'air

Police administrative

expiré constituait, en l'espèce, un taux délictuel. S'agissant d'une évolution favorable au prévenu et intéressante lorsque le taux d'imprégnation alcoolique mesuré est proche des seuils infractionnels qui peut conduire le juge à requalifier un délit de conduite sous l'emprise d'un état alcoolique en contravention, la Cour de cassation fait rétroagir les effets de ce revirement aux vérifications opérées antérieurement (Crim. 14 mai 2019, n° 18-84.552).

Le temps est désormais loin où un Code de la route, celui de 1958, ne fixait aucun seuil relatif à l'alcoolémie afin de ne pas empiéter sur le pouvoir décisionnel des magistrats en leur laissant apprécier l'incrimination (v. A. Kletzlen, *L'automobile et la loi. Comment est né le code de la route*, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 2000). L'égalité des citoyens devant les juridictions y gagne.

Xavier Latour

L'interdiction des drones des polices municipales par le Conseil constitutionnel

Après la censure (DC du 20 mai 2021, n° 2021-817) des dispositions de la loi « Sécurité globale » du 25 mai 2021 relatives à la possibilité pour les polices municipales d'utiliser des drones, la loi n° 2022-54 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure faisait figure de session de rattrapage.

Le législateur était censé avoir assimilé les observations du Conseil pour rédiger une copie de meilleure qualité et ouvrir la voie à des missions de sécurité publique. Tel n'est pas vraiment le cas. S'il y a des progrès, la matière « garantie des libertés » n'est pas encore totalement maîtrisée (DC du 20 janvier 2022, n° 2021-834). Le coup est rude pour des communes, comme celle de Nice, qui avaient déjà investi dans du matériel et formé des opérateurs. La déception est d'autant plus grande que, dans le même temps, les dispositions applicables aux forces de sécurité intérieure nationales sont pour l'essentiel validées.

Face à un mouvement de recours accru aux technologies de sécurité, certains parlementaires ne baissent pas la garde. Ils s'érigent en ardents défenseurs des libertés, plus particulièrement de la vie privée.

De manière très classique, les Sages ont pratiqué un contrôle de proportionnalité conduisant à vérifier la compatibilité entre les

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

dispositions sécuritaires et les libertés.

Un texte apparemment prudent

L'introduction de dispositions intéressant les polices municipales était la conséquence d'une initiative sénatoriale. La Chambre haute entendait ainsi permettre aux communes impatientes de renforcer les moyens de leurs policiers. Le débat portait plus précisément sur l'article 15 de la loi qui modifiait l'article L. 242-7 du Code de la sécurité intérieure.

Le législateur pensait s'être prémuni contre un risque de censure au nom des atteintes à la vie privée. Car, comme l'avait mis en évidence le Conseil en 2021, la mobilité des drones et la hauteur à laquelle ils évoluent, ainsi que le nombre important de personnes filmées nécessitent des précautions particulières.

Les finalités étaient clairement exposées et, surtout, limitées à quelques cas : le secours aux personnes, la gestion des flux de transport et la sécurité des manifestations. Outre l'autorisation préalable par le préfet de département, leur emploi était circonscrit à la durée de l'événement.

Par ailleurs, il s'agissait uniquement d'une expérimentation de cinq ans.

La censure

Malgré les précautions prises, le Conseil constitutionnel refuse aux communes la possibilité de franchir le pas. La possibilité de sécuriser les manifestations sportives, récréatives ou culturelles grâce aux

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

drones a focalisé son attention.

Le Conseil souligne l'absence de limitation « aux manifestations particulièrement exposées à des risques de troubles graves à l'ordre public ».

En outre, l'autorisation préfectorale constituait une bonne idée, mais insuffisamment exploitée. Le texte ne prévoyait, en effet, aucune faculté que le représentant de l'État « puisse y mettre fin à tout moment, dès lors qu'il constate que les conditions ayant justifié sa délivrance ne sont plus réunies ».

Pour parachever le raisonnement, le Conseil relève l'hypothèse d'un usage sans autorisation préalable, en cas d'urgence, pendant une durée maximale de quatre heures. La seule information du préfet ne le satisfait pas. Selon les Sages, « ces dispositions permettent le déploiement de caméras aéroportées, pendant une telle durée, sans autorisation du préfet, sans le réserver à des cas précis et d'une particulière gravité, et sans définir les informations qui doivent être portées à la connaissance de ce dernier ».

Les perspectives

Jamais deux sans trois ? Le législateur tentera-t-il sa chance une nouvelle fois ? Un autre échec serait politiquement gênant.

Mais la demande de certaines communes est telle que le mouvement en faveur des drones pourrait reprendre. Le législateur dispose de deux décisions qui lui indiquent assez précisément les principes à respecter. Il suffirait d'assez peu de modifications pour rendre de nouveaux articles plus acceptables.

La tendance est l'alignement progressif des moyens des polices

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

municipales sur ceux des forces nationales. Pourquoi les drones en seraient-ils tenus à l'écart ?

La décision de rendre une nouvelle copie reviendra, en tout état de cause, à la nouvelle législature issue des élections de juin 2022.

<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 Claudia GHICA-LEMARCHAND Xavier LATOUR Jérôme MILLET Charles RAVAUT CNE Océane GERRIET
<i>Équipe éditoriale :</i>	Odile NETZER