

La veille juridique

N°66, mars 2018

Centre de recherche de l'école des officiers de la gendarmerie nationale



Edito

Le 28 mars 2018, la France entière a rendu hommage au colonel Arnaud Beltrame. Pour notre pays, comme pour la gendarmerie nationale, c'est un jour qui restera gravé dans l'histoire de France. En témoigne le discours du Président de la République, chef des armées, qui est pour tous les citoyens un appel à l'unité et à la résistance face à l'obscurantisme. Pour les militaires des armées et de la gendarmerie, le sacrifice d'Arnaud Beltrame met en perspective l'article premier du statut général des militaires : « L'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité. Les devoirs qu'il comporte et les sujétions qu'il

(Suite page 2)

EDITORIAL

implique méritent le respect des citoyens et la considération de la Nation ». Cette disposition est unique ; aucun autre statut n'y fait référence, s'agissant notamment du sacrifice suprême.

Le statut n'est pas seulement un cadre juridique, c'est un engagement, un acte de foi pour chaque militaire. C'est la Grandeur d'un « état » (et non d'une fonction) qui justifie le respect de la Nation et de ses dirigeants. Arnaud Beltrame est un héros. L'héroïsme est plus fort que le courage. Est courageuse la personne qui accepte un risque, lequel peut ne pas se réaliser. Tous les jours, des militaires de la gendarmerie y sont confrontés. Une opération dans un contexte difficile est porteuse de risque mais, fort heureusement, celui-ci ne se concrétise pas dans la plupart des cas. Le héros est confronté à une menace, réelle, immédiate. Il a le choix entre plusieurs options qui ne sont pas contraires à ses obligations mais il décide délibérément de sacrifier sa propre vie au profit d'un intérêt supérieur qui transcende ses intérêts personnels. L'héroïsme n'est jamais conjoncturel (même si les faits le sont) ; il est contenu dans « l'ADN » de celui qui en est le révélateur. L'éducation reçue, la formation, le caractère s'agrègent pour façonner, jour après jour, le héros qui se révèle face à l'événement. Le sacrifice du 23 mars est la manifestation éclatante du savoir-être d'un homme qui a construit de manière continue, partout où il a servi, le modèle qui s'offre aujourd'hui à nous. « Enfants de France, rêvez d'être un jour Jeanne d'Arc ou Leclerc », disait le général de Gaulle. Il ajouterait aujourd'hui : « Rêvez d'être Arnaud Beltrame ». Dans la nuit de notre société en proie au doute, il nous apporte la Lumière !

Sa place est au Panthéon !

Notre veille est publiée alors que l'actualité juridique est riche : le projet de loi sur le Règlement général sur la protection des données (RGPD) est en cours d'examen au Parlement, non sans



ZONE INTERDITE GENDARMERIE NATIONALE

EDITORIAL

connaître quelques difficultés liées à l'échec récent de la commission mixte paritaire. Une deuxième lecture par chaque assemblée et un recours probable devant le Conseil constitutionnel pourraient entraîner un retard dans la promulgation de la loi au regard de la date fatidique du 25 mai 2018. Le Parlement examine aussi la proposition de loi de Raphaël Gauvain sur le secret des affaires. Il s'agit de transposer la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016, avant le 9 juin 2018. Le sujet est sensible : cinq tentatives pour donner au secret des affaires une définition en droit français ont été infructueuses (2004, 2009, 2012, 2014 et 2015). Pour éviter les obstacles récurrents, le projet écarte toute disposition d'ordre pénal, laissant le soin au juge civil de sanctionner les captations illicites. Le législateur prend soin de préserver le droit à l'information, la protection des lanceurs d'alerte, etc. Faisant suite à la Revue stratégique et à sa déclinaison « cyberdéfense », le projet de loi de programmation militaire est également au programme (chargé) des parlementaires. Nous en détaillerons les principales dispositions juridiques dans une prochaine édition.

Enfin, le droit devrait être prochainement influencé par les conclusions du rapport de Cédric Villani sur l'intelligence artificielle. Dès le 29 mars 2018, dans un discours au Collège de France, le Président de la République en a approuvé les conclusions en lançant une stratégie française qui s'emboîte dans une stratégie européenne. Quatre axes sont retenus :

- conforter en France et en Europe l'écosystème de l'intelligence artificielle et, en particulier, en ce qui concerne les talents, un véritable réseau de recherche et l'expérimentation ;
- engager une politique résolue d'ouverture des données afin de favoriser l'émergence en France de champions de l'intelligence artificielle ou d'encourager leur développement ;

EDITORIAL

- avoir une stratégie à la fois de financement et de projets – une stratégie publique française et européenne qui nous permette dans certains secteurs de développer et d'accélérer notre présence et de réussir pleinement dans la compétition internationale ;
- penser les termes d'un débat politique et éthique que l'intelligence artificielle alimente partout dans le monde mais dont nous devons poser les termes, car il nous faut articuler une réflexion, des règles et une compréhension communes.

Ce dernier axe est celui qui concerne le plus les réflexions menées au sein du CREOGN. Ne serait-ce qu'en raison de notre rôle au sein de l'Observatoire national des sciences et technologies de la sécurité (ONSTS), nous avons une approche transversale qui s'inscrit dans la volonté du Président « *qu'il y ait dans le croisement et l'interdisciplinarité des sciences humaines et de l'intelligence artificielle et de toutes les sciences dures mobilisées, la possibilité de confronter justement une réflexion sur l'éthique de l'usage, de progressivement construire les codes éthiques qui accompagneront ces usages indispensables* ». Telle est bien l'ambition de notre Centre de recherche !

Bonne lecture de la veille juridique !

Par le général d'armée (2S) Marc Watin-Augouard



Sommaire

- **Déontologie et sécurité**
- **Droit de l'espace numérique**
- **Actualité pénale**
- **Police administrative**
- **Droit de la sécurité privée**

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric Debove

L'Habeas corpus, version policière

Habeas corpus : tu as mon corps ... au moment où la France vient de rendre un hommage national, aussi mérité qu'émouvant, au Colonel Arnaud Beltrame, mort en héros après avoir offert son corps à un terroriste pour épargner d'autres vies, cette locution latine trouve soudain une résonance toute singulière. Par cette chronique largement dédiée au devoir de protection des personnes, l'auteur des lignes qui suivent entend rendre hommage au courage exemplaire de cet officier héroïque ainsi qu'à toutes celles et ceux dont la vocation est au quotidien de servir et de protéger jusqu'au sacrifice suprême. Accepter de mourir pour que vivent des innocents, c'est une vertu cardinale qu'il est beau d'enseigner. Avoir, le moment venu, la force morale de déposer son arme et d'avancer assurément vers son destin tragique, c'est agir en héros et cette grandeur mérite hautement le respect des citoyens et la considération de toute la Nation.

Emblème des garanties offertes par le droit anglo-saxon aux libertés individuelles, l'*Habeas Corpus* (dans sa version complète : *Habeas corpus ad subjiciendum* : tu as mon corps pour le soumettre - à un juge) apparaît dans la pratique pénale britannique dès la fin du XIII^e siècle mais sa consécration officielle résulte d'un texte voté (*Habeas Corpus Act* ou *Shaftesbury Act*) par le Parlement en 1679. À l'origine, l'*Habeas Corpus* présentait une nature davantage politique que judiciaire puisqu'il s'agissait de protéger les sujets de la Couronne contre le fait du Prince et singulièrement les incarcérations arbitraires des opposants décidées par

Déontologie et sécurité

les Tudors puis les Stuarts. Par la suite, l'*Habeas Corpus* a été utilisé pour suppléer aux carences de la procédure pénale. Son objet n'est pas de déterminer la culpabilité ou l'innocence d'un mis en cause, mais d'encadrer strictement les privations de liberté en permettant de faire vérifier rapidement auprès d'un juge la légalité – et non l'opportunité – des détentions. Souvent considéré comme le sésame qui ouvre les portes du cachot au citoyen injustement poursuivi, l'*Habeas Corpus* présente aujourd'hui très peu d'utilité pratique. Dès qu'existe un titre de détention valide – et, au pénal, ils sont légion –, l'*Habeas Corpus* est inopérant. En outre, les pays anglo-saxons connaissent comme en France de nombreuses procédures de recours permettant de lutter contre les incarcérations abusives et la durée excessive des détentions provisoires. Il s'ensuit que la vocation subsidiaire de l'*Habeas Corpus* se résume à une peau de chagrin.

Surveiller certaines privations de liberté en veillant scrupuleusement au respect des règles déontologiques qui en jalonnent le déroulement, c'est aussi l'une des missions du Défenseur des droits. Dans une décision n°2018-042 en date du 26 janvier 2018, cette autorité administrative indépendante de rang constitutionnel a été appelée à se prononcer sur la régularité d'une garde à vue au regard des nombreux commandements déontologiques qui s'y rapportent. À défaut d'être fondamentalement novatrice dans son contenu, la décision – objet de la présente chronique – mérite l'attention à un double titre. En premier lieu, le Défenseur des droits précise son analyse relative à certaines exigences déontologiques comme le devoir de protection des personnes placées sous la responsabilité des forces de l'ordre ou bien encore la nécessaire rigueur dans la rédaction des actes de procédure. En second lieu, le Défenseur des droits saisit opportunément l'occasion de la réclamation portée devant lui

Déontologie et sécurité

pour rappeler le périmètre de sa saisine. À l'instar d'une juridiction, le Défenseur des droits doit statuer omnia petita et ne saurait, sans outrepasser sa compétence, statuer ultra petita ou plutôt extra petita.

Grande délinquance financière et petit malaise

Dans son célèbre *Traité théorique et pratique de police judiciaire* (1951), Louis Lambert, professeur à l'École nationale supérieure de la police, qualifiait la garde à vue d'errement policier destinée principalement à provoquer le fameux vertige mental d'où procède l'aveu. Depuis le Code d'instruction criminelle, la garde à vue « à la française » a bien changé, que l'on scrute la réglementation se rapportant au déclenchement et au déroulement de cette mesure de contrainte policière ou bien encore les garanties offertes aux suspects. Pour autant, la garde à vue demeure souvent un moment de stress pour celui qui la subit. Aussi, garde à vue et vertiges (physiques et non plus mentaux) cohabitent-ils aujourd'hui encore en certaines occasions, comme en témoigne l'affaire à l'origine de la saisine du Défenseur des droits.

Le 16 mars 2015, le Défenseur des droits avait en effet été saisi par les avocats de M. X., alors mis en examen des chefs de corruption et blanchiment en bande organisée, d'une réclamation dénonçant le traitement inhumain et dégradant qu'aurait subi M. X. lors de sa garde à vue, le 8 septembre 2014, dans les locaux de l'Office central pour la répression de la grande délinquance financière (OCRGDF). À la suite d'un signalement par la cellule TRACFIN, auprès du Parquet de Paris, de mouvements de fonds suspects sur le compte de M. X., ce dernier a été interpellé à son domicile le 8 septembre 2014. Une perquisition au domicile de

Déontologie et sécurité

M. X. a eu lieu à cette occasion, en sa présence et dirigée par le commandant Y, assisté du brigadier-chef Z. Informé dès les premiers instants de la perquisition de la santé fragile de M. X., le commandant Y affirme s'être assuré verbalement auprès de lui d'éventuelles conséquences négatives de l'opération de police sur son état de santé. Les réponses de M. X. étant rassurantes, la perquisition s'est déroulée sans incident. Le suspect ayant sollicité un examen médical, le commandant Y a appelé le commissariat de police afin qu'un médecin de garde soit contacté (la circonscription de police n'étant pas dotée au moment des faits d'une unité médico-judiciaire dédiée). À leur retour au commissariat, les enquêteurs apprenaient que le médecin requis n'était pas présent, car il avait dû se déplacer afin de constater un décès. Un second médecin était immédiatement requis. À l'occasion de l'examen médical pratiqué trente minutes après l'arrivée de M. X. au commissariat, le médecin délivrait un certificat de compatibilité de la mesure de garde à vue en même temps qu'une ordonnance permettant de remettre à l'intéressé les médicaments correspondant à son traitement en lien avec sa pathologie cardiaque (ces médicaments seront d'ailleurs récupérés en nombre suffisant au domicile du suspect). Par la suite, le suspect devait être conduit à Nanterre dans les locaux de la sous-direction de la lutte contre la criminalité organisée et la délinquance financière. Trente minutes après son arrivée à Nanterre, le commandant de police Y prenait l'initiative de solliciter un nouvel examen médical afin de s'assurer de l'état de santé de M. X. Quelques instants plus tard, l'avocat du suspect se présentait dans les locaux de police de Nanterre, s'entretenait avec son client avant de l'assister pendant son audition. Alors même qu'il n'avait formulé aucune observation pendant le temps de la garde à vue, l'avocat de M. X. alléguait, devant le Défenseur

Déontologie et sécurité

des droits, que son client avait fait deux malaises sans que le commandant Y n'acceptât de suspendre l'audition (version réfutée par le commandant de police Y). En tout état de cause, à l'issue de l'examen médical sollicité par le commandant de police Y, le médecin indiquait que la tension artérielle du suspect était élevée, ce qui rendait son état de santé incompatible avec la mesure de garde à vue. Un certificat médical était rédigé en ce sens, sollicitant une hospitalisation « pour avis hospitalier ». M. X. était alors transféré par les sapeurs-pompiers vers l'hôpital de l'Hôtel-Dieu à Paris. Sur place, le service médico-judiciaire refusait l'admission de M. X. du fait de sa prise en charge par les pompiers. Après avoir pris contact avec leur centre de régulation, ceux-ci ont ensuite transféré M. X. vers l'hôpital D où il était admis. Le procureur de la République levait alors la garde à vue.

To Protect and to serve

Auxiliaire et bras armé de la justice, le policier ou le gendarme dispose d'importantes prérogatives (comme le placement en garde à vue) dont la finalité commune est de mettre les auteurs d'infractions à la disposition de la justice. Souvent stigmatisé par les instances nationales et internationales protectrices des droits de l'Homme, l'usage de ces prérogatives n'est pourtant pas laissé au caprice ou à la fantaisie des dépositaires de l'autorité publique. Loin d'être discrétionnaire, la contrainte policière est en effet guidée par des principes directeurs. Au titre de ces principes particulièrement impérieux dans une société démocratique figure l'obligation déontologique de protection des personnes.

To Protect and to serve, telle est la devise du fameux département

Déontologie et sécurité

de police de Los Angeles (LAPD). À défaut d'être reproduite sur les pucelles des uniformes ou sérigraphiée sur les voitures de patrouille, cette mission de protection est naturellement partagée par les forces de l'ordre françaises. Synthèse de l'article 9 DDHC, de l'article 3 CEDH et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, l'article R. 434-17 du Code de la sécurité intérieure (CSI) dispose en effet que : « Toute personne appréhendée est placée sous la protection des policiers ou des gendarmes et préservée de toute forme de violence et de tout traitement inhumain ou dégradant (...). Le policier ou le gendarme ayant la garde d'une personne appréhendée est attentif à son état physique et psychologique et prend toutes les mesures possibles pour préserver la vie, la santé et la dignité de cette personne ». En agissant comme il l'a fait, le commandant de police a-t-il failli à son obligation de protection de la personne interpellée et placée en garde à vue comme le prétendait l'auteur de la saisine du Défenseur des droits ?

Après un rappel minutieux des règles juridiques et déontologiques entourant le déroulement d'une mesure de garde à vue, le Défenseur des droits considère que le policier mis en cause a agi conformément aux prescriptions du CSI en adoptant les mesures nécessaires à la préservation de l'état de santé du suspect. Au soutien de sa décision, le Défenseur des droits souligne que le commandant de police a sollicité l'intervention d'un médecin deux heures après la demande formulée par M.X. (soit dans un délai conforme aux dispositions de l'article 63-3 du Code de procédure pénale). Dès qu'il a été informé de l'indisponibilité du médecin initialement requis (l'indisponibilité caractérisant une circonstance insurmontable, actée en procédure), le commandant de police a immédiatement pris les mesures permettant à un second médecin de se transporter dans les plus brefs délais

Déontologie et sécurité

(1 heure) jusqu'au commissariat de police. Au moment de la conduite du suspect dans les locaux de Nanterre, le commandant de police a, de surcroît, pris l'initiative d'un nouvel examen médical alors même que M. X. n'avait formulé aucune demande en ce sens. Toutes ces démarches démontrent clairement que l'officier de police s'est régulièrement montré attentif à l'état physique et psychologique de M. X. au cours de sa garde à vue. Contrairement aux allégations des auteurs de la saisine, le commandant de police ne saurait en aucune manière endosser la responsabilité du parcours hospitalier largement chaotique du suspect. En effet, à aucun moment, les services de police n'ont décidé de diriger M. X. vers l'hôpital Hôtel-Dieu plutôt qu'un autre établissement, laissant cette décision aux professionnels de la santé et aux services d'urgence.

Douceur et rigueur ne sont pas incompatibles

En même temps qu'il reconnaît que le commandant de police n'a pas manqué à son devoir de protection des personnes interpellées, le Défenseur des droits relève certaines légèretés procédurales particulièrement regrettables. En effet, dans la procédure qui lui a été transmise, à aucun moment ne figure le certificat médical initial de compatibilité avec la garde à vue délivré par le premier médecin ayant examiné M. X., le docteur H. Selon l'appréciation même du Défenseur des droits, la perte de ce document constitue un manque de rigueur dans la gestion des pièces de procédure par les policiers en charge de l'enquête qui auraient dû veiller à la présence de cette pièce dans le dossier d'instruction. Bien que son existence ne soit remise en cause ni

Déontologie et sécurité

par le réclamant ni par le mis en cause, ce document, faisant partie intégrante de la procédure, aurait dû y être versé et non pas remis dans la valise de M. X. comme cela a vraisemblablement été le cas. Seul le procès-verbal d'avis de l'unité médico-judiciaire mentionne le certificat médical initial indiquant que l'état de santé de M. X. était compatible avec la garde à vue et que des médicaments, qu'il avait en sa possession, lui avaient été prescrits. Ce procès-verbal mentionne également l'initiative du commandant Y de solliciter un nouvel examen médical dans l'après-midi. Dans le procès-verbal d'arrivée de l'avocat de M. X., il est mentionné que certaines pièces de procédure lui sont communiquées et notamment la notification de placement en garde à vue et le certificat médical établi en application de l'article 63-3 du Code de procédure pénale. À l'issue de cet entretien, l'avocat du suspect n'a formulé aucune observation écrite. Bien que contacté téléphoniquement, le docteur H ne parvenait pas à retrouver de trace de ce document ou de notes qu'il aurait réalisées au moment de l'examen de M. X. au cours de sa garde à vue. Enfin, concernant les transferts de M. X., dans trois hôpitaux, à la suite du second examen médical déclarant la garde à vue incompatible avec son état de santé, le procès-verbal retraçant son parcours ne mentionne que deux hôpitaux et ne fait pas apparaître le déplacement à l'hôpital O. Toutes ces imprudences constituent autant de manquements aux dispositions de l'article R. 434-5-II du CSI aux termes desquelles « les faits ou événements doivent être relatés avec fidélité et précision ».

Déontologie et sécurité

Omnia petita et ultra petita sont en revanche incompatibles

Le second intérêt de la décision n°2018-042 en date du 26 janvier 2018 se rapporte au périmètre de compétences du Défenseur des droits dans le domaine de la déontologie de la sécurité. En application de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 (art. 4), le Défenseur des droits est chargé « de veiller au respect de la déontologie de la sécurité par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ». Relèvent à l'évidence de cette catégorie : les policiers nationaux et municipaux, les militaires de la gendarmerie, les agents de l'administration pénitentiaire, les douaniers, les agents de surveillance des transports en commun, les gardes champêtres et forestiers, les enquêteurs privés, les agents de service de surveillance, de gardiennage, de transports de fonds. Au contact direct des enquêteurs, un magistrat du Parquet ou bien encore un juge d'instruction peut-il pareillement relever du contrôle exercé par le Défenseur des droits dans l'hypothèse où il viendrait à se rendre coupable d'un manquement déontologique ?

Dans leur saisine de l'autorité administrative indépendante, les avocats de M. X. mettaient en cause non seulement un commandant de police mais également des magistrats instructeurs. Il leur était reproché d'avoir conduit l'interrogatoire de première comparution dans des conditions pouvant mettre en jeu le pronostic vital de M. X. Plus précisément, à l'issue de cet interrogatoire, deux médecins avaient produit un certificat médical interdisant tout nouvel interrogatoire de M.X. pendant une année, tout contexte émotionnel devant être impérativement évité, compte tenu du risque majeur de complication cardiovasculaire. En dépit

Déontologie et sécurité

de cette interdiction, M. X. avait reçu une nouvelle convocation en vue d'un interrogatoire, ce qui avait généré chez lui un nouveau stress qui, à terme, pouvait entraîner son décès. Peu de temps après avoir reçu cette convocation, M. X. allait d'ailleurs être hospitalisé à la suite d'un nouvel incident cardiaque.

Quand bien même auraient-ils commis un manquement professionnel, les juges d'instruction ne relèvent pas de la catégorie des « personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ». Partant, le Défenseur des droits n'est pas compétent pour apprécier l'orthodoxie de leur pratique professionnelle. Il n'appartient donc pas au Défenseur des droits de remettre en cause des actes d'instruction, décidés et mis en oeuvre par un juge, ni au regard des règles de procédure pénale, ni au regard de l'état de santé de M. X. Cette compétence revient à la chambre de l'instruction qui est chargée de garantir la bonne marche de la justice pénale, à travers divers contrôles qu'elle exerce sur ses différents acteurs. Elle veille tout d'abord au bon déroulement de l'instruction : non seulement elle règle les conflits de compétence entre juges, mais encore elle exerce une surveillance sur le fonctionnement des cabinets d'instruction (respect de la procédure et des délais). De plus, le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par tout justiciable à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant et lorsqu'une faute disciplinaire est susceptible d'avoir été commise par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions.

Droit de l'espace numérique

Par le G^{al} d'armée (2S) Marc Watin-Augouard

Cour européenne des droits de l'Homme

5^{ème} section, arrêt du 22 février 2018

Un employeur peut accéder aux données stockées sur l'ordinateur professionnel d'un employé, dès lors qu'elles ne sont pas identifiées comme étant privées.

Un ressortissant français saisit la Cour, le 27 décembre 2012, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Employé de la SNCF, il appartenait à la SUGE, service en charge de la sécurité, en qualité d'adjoint au chef de la brigade de surveillance de la Région d'Amiens. Suspendu à la suite d'une mise en examen, il avait bénéficié d'un non-lieu et avait été réintégré dans un autre poste. Pendant son absence, son ordinateur professionnel avait été saisi et le disque dur analysé. Sur ce disque, le salarié avait stocké 1 562 fichiers à caractère pornographique représentant un volume de 787 mégaoctets sur une période de quatre années. Il avait également utilisé son ordinateur professionnel pour confectionner de fausses attestations. Licencié pour ce motif, il a contesté la mesure devant le conseil des prud'hommes puis devant la Cour d'appel d'Amiens.

La Cour a confirmé la légalité du licenciement : « le disque "D" est dénommé par défaut "D:/données personnelles" et sert traditionnellement aux agents à stocker leurs documents professionnels » ; « la désignation "données personnelles" figurant sur le disque dur ne [peut] valablement interdire l'accès à cet

Droit de l'espace numérique

élément [...], le terme générique de "données personnelles" pouv[ant] se rapporter à des dossiers professionnels traités personnellement par le salarié et ne désign[ent] donc pas de façon explicite des éléments relevant de sa vie privée ».

L'arrêt du 4 juillet 2012 de la chambre sociale de la Cour de cassation (n°11-12502) rejette le pourvoi. La Cour estime, en effet, que « si les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de sa présence, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels, la dénomination donnée au disque dur lui-même ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient ». La Cour d'appel a donc légitimement déduit que les fichiers litigieux, qui n'étaient pas identifiés comme étant « privés » selon les préconisations de la charte informatique, pouvaient être régulièrement ouverts par l'employeur. La Cour de cassation s'inscrit bien dans sa jurisprudence relative à l'utilisation des outils informatiques professionnels¹.

La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a décidé de suspendre sa décision en attendant l'arrêt de la Grande Chambre

1. Dans un arrêt du 18 octobre 2006 (Cas. Soc. n°04-48025), elle a considéré que les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail étaient présumés, sauf si le salarié les identifiait comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur pouvait y avoir accès hors sa présence. L'employeur peut reprocher au salarié un manquement à ses obligations contractuelles en raison d'un usage abusif de l'outil informatique à des fins privées (Cass. Soc. 16 mai 2007, n°05-46.455) ou à des fins immorales susceptibles de nuire aux intérêts de l'entreprise (Cass. Soc. 2 juin 2004, n°03-45.269). Les courriels adressés et reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels (Cass.Soc. 16 mai 2013, n°12-11866).

Droit de l'espace numérique

dans l'affaire Bărbulescu c. Roumanie [GC]. (n°61496/08, CEDH 2017) du 5 septembre 2017 (voir veille juridique du CREOGN, N°60, septembre 2017, p.11-14). En l'espèce, la CEDH a admis que, dans certaines circonstances, des données non professionnelles, clairement identifiées comme étant privées et stockées par un employé sur un ordinateur mis à sa disposition par son employeur pour l'accomplissement de ses fonctions, sont susceptibles de relever de sa « vie privée ».

Dans l'affaire concernant l'ancien agent de la SNCF, la Cour admet que l'ingérence dénoncée par le requérant a une base légale et que le droit positif français précise suffisamment en quelles circonstances et sous quelles conditions une telle mesure est permise pour qu'elle puisse être considérée comme « prévue par la loi » : l'employeur peut ouvrir les fichiers professionnels qui se trouvent sur le disque dur des ordinateurs qu'il met à la disposition de ses employés dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions ; il ne peut, « sauf risque ou événement particulier », ouvrir hors de la présence de l'employé les fichiers identifiés comme étant personnels.

S'appuyant sur l'arrêt Bărbulescu, elle reconnaît à l'employeur un intérêt légitime à assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, ce qu'il peut faire en mettant en place des mécanismes lui permettant de vérifier que ses employés accomplissent leurs tâches professionnelles de manière adéquate et avec la célérité requise.

La CEDH estime que les juridictions internes ont dûment examiné le moyen du requérant tiré d'une violation de son droit au respect de sa vie privée. Elle estime que les autorités internes n'ont pas excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient, et qu'il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Droit de l'espace numérique

Conseil Constitutionnel

Décision n°2018-696 QPC du 30 mars 2018

L'article 434-15-2 du Code pénal ne porte pas atteinte au droit de ne pas s'accuser ni au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision QPC relative à l'article 434-15-2 du Code pénal, lequel incrimine « toute personne » qui ne remet pas aux autorités judiciaires la clef de déchiffrement relative à un document pouvant avoir servi à la préparation ou à la commission d'une infraction.

L'article contesté a été inséré dans le Code pénal par la loi du 15 novembre 2001. On sait combien elle fut influencée par l'émotion suscitée par les attentats du 11 septembre. Fruit d'un amendement du député Bruno Leroux, cet article, introduit en seconde lecture, a été adopté sans véritable débat², ce qui rend difficile l'interprétation de la volonté du législateur. Il a été soumis à l'examen des Sages, plus de 16 ans après sa promulgation. Durant cette période, il a été mis en application, y compris à l'égard d'auteurs, de coauteurs ou de complices.

Cet article ne doit pas être confondu avec l'article 132-79 du Code pénal, créé par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qui considère l'usage d'un moyen de cryptologie par un auteur, coauteur ou complice comme une circonstance aggravante dès lors que ce moyen a été utilisé pour préparer ou commettre un crime ou un délit ou pour en faciliter

². Amendement 65 – Voir compte rendu analytique des débats, JOAN, 1^{er} novembre 2001, p.6999

Droit de l'espace numérique

la préparation ou la commission. Toutefois, cette aggravation n'est pas opérante si l'auteur ou le complice remet à l'autorité judiciaire un texte en clair assorti des conventions de chiffrement. Une sorte de « repentir cryptologique ».

Article 434-15-2 du Code pénal (créé par la loi LSQ art. 31)

« Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 270 000 euros d'amende le fait, pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires ou de la mettre en œuvre, sur les réquisitions de ces autorités délivrées en application de titres II et III du livre Ier du code de procédure pénale.

Si le refus est opposé alors que la remise ou la mise en œuvre de la convention aurait permis d'éviter la commission d'un crime ou d'un délit ou d'en limiter les effets, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 450 000 euros d'amende ».

Article 132-79 du Code pénal (créé par art. 37 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique)

« Lorsqu'un moyen de cryptologie au sens de l'article 29 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a été utilisé pour préparer ou commettre

Droit de l'espace numérique

un crime ou un délit, ou pour en faciliter la préparation ou la commission, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit :

1° il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ;
[...]

7° il est porté au double lorsque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement au plus.

Les dispositions du présent article ne sont toutefois pas applicables à l'auteur ou au complice de l'infraction qui, à la demande des autorités judiciaires ou administratives, leur a remis la version en clair des messages chiffrés ainsi que les conventions secrètes nécessaires au déchiffrement ».

La Cour de cassation, dans le cadre d'une affaire examinée par le tribunal correctionnel de Créteil³, a saisi le Conseil constitutionnel (Cass.crim, (17-90.019), arrêt n°3478 du 10 janvier 2018) en lui posant la question suivante :

« Les dispositions de l'article 434-15-2 du code pénal, en ce qu'elles ne permettent pas au mis en cause, auquel il est demandé la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de faire usage de son droit au silence et du droit de ne pas s'auto-incriminer, sont-elles contraires au principe du droit au procès équitable prévu par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789, au principe de la présomption

3. Y 17-90.019 - Tribunal de grande instance de Créteil, 10^e chambre correctionnelle, 02 octobre 2017.

Droit de l'espace numérique

d'innocence, duquel découle droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de se taire, prévu à l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ? »

Pour le Conseil constitutionnel, la liberté proclamée par l'article 2 de la déclaration de 1789 implique le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances. « Pour être conformes à la Constitution, les atteintes à ces droits doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif ». Visant l'article 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi », les Sages poursuivent en considérant « qu'il en résulte le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, dont découle le droit de se taire ».

Mais pour déclarer l'article conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel indique que l'obligation de délivrer ou de mettre en œuvre la convention secrète de déchiffrement ne s'applique à la personne suspectée d'avoir commis une infraction que s'il est établi qu'elle a connaissance du moyen de cryptologie, restriction qui constitue une précision du texte. Cette obligation n'a pas pour objet d'obtenir des aveux de sa part et n'emportent ni reconnaissance ni présomption de culpabilité mais permettent seulement le déchiffrement des données cryptées. Celui-ci est donc nécessaire mais pas suffisant.

En outre, l'enquête ou l'instruction doit avoir permis d'identifier l'existence des données traitées par le moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit. La demande doit donc s'appuyer sur des investigations.

Enfin, ces données, déjà fixées sur un support, existent

Droit de l'espace numérique

indépendamment de la volonté de la personne suspectée. Le législateur a donc poursuivi les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des infractions et de recherche des auteurs d'infractions, tous deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle. Le premier alinéa de l'article 434-15-2 du Code pénal, qui ne méconnaît ni les droits de la défense, ni le principe de proportionnalité des peines, ni la liberté d'expression, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution.

Décision n°2017-695 QPC du 29 mars 2018

La saisie et l'exploitation des données informatiques ou de leur support est conforme à la Constitution, le législateur ayant assuré un équilibre entre les nécessités de l'ordre public et l'atteinte aux libertés.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 décembre 2017 par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur plusieurs articles du Code de la sécurité intérieure issus de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

Étaient notamment visés par la QPC les articles instituant un régime de visites (ex-perquisition administrative) et de saisies à des fins de prévention du terrorisme (art. 229-1 et s.). Parmi les articles figurait l'article L.229-5 qui autorise la saisie de documents, objets ou données relatifs à la menace qui justifie la visite.

La lecture de cet article montre que les dispositions relatives aux

Droit de l'espace numérique

saisies de données informatiques et, si nécessaire, à celle de leurs supports, sont clairement explicitées et encadrées par la loi sous le contrôle direct du juge des libertés et de la détention. Comme le souligne le Conseil constitutionnel, « le législateur qui a à la fois strictement borné le champ d'application de la mesure qu'il a instaurée et apporté les garanties nécessaires, a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée ». Toutefois, à la différence du régime qu'il a défini pour les données et les supports, le législateur n'a fixé aucune règle encadrant l'exploitation, la conservation et la restitution des documents et objets saisis au cours de la visite. Ces dispositions relatives à la saisie de documents et d'objets méconnaissent donc le droit de propriété et sont déclarées contraires à la Constitution.

L'article est donc déclaré conforme à la Constitution pour ce qui concerne les données informatiques et leurs supports.

Article L.229-5 du Code de la sécurité intérieure (créé par la loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme)

« I. Aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, si la visite révèle l'existence de documents, objets ou données relatifs à la menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics que constitue le comportement de la personne concernée, il peut être procédé à leur saisie ainsi qu'à celle des données contenues dans tout système informatique ou équipement terminal présent sur les lieux de la visite soit par leur copie, soit par la saisie de

Droit de l'espace numérique

leur support lorsque la copie ne peut être réalisée ou achevée pendant le temps de la visite.

La copie des données ou la saisie des systèmes informatiques ou des équipements terminaux est réalisée en présence de l'officier de police judiciaire. Le procès-verbal mentionné à l'article L. 229-2 indique les motifs de la saisie et dresse l'inventaire des objets, documents ou données saisis. Copie en est remise aux personnes mentionnées au troisième alinéa du même article L. 229-2 ainsi qu'au juge ayant délivré l'autorisation. Les éléments saisis sont conservés sous la responsabilité du chef du service ayant procédé à la visite. A compter de la saisie, nul n'y a accès avant l'autorisation du juge.

II.- Dès la fin de la visite, l'autorité administrative peut demander au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris d'autoriser l'exploitation des données saisies. Au vu des éléments révélés par la visite, le juge statue dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa saisine sur la régularité de la saisie et sur la demande de l'autorité administrative. Sont exclus de l'autorisation les éléments dépourvus de tout lien avec la finalité de prévention de la commission d'actes de terrorisme ayant justifié la visite.

L'ordonnance est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis. A défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance par acte d'huissier de justice. L'acte de notification comporte

Droit de l'espace numérique

mention des voies et délais de recours contre l'ordonnance ayant autorisé l'exploitation des données saisies. L'ordonnance autorisant l'exploitation des données saisies peut faire l'objet, dans un délai de quarante-huit heures, d'un appel devant le premier président de la cour d'appel de Paris selon les modalités mentionnées aux trois premiers alinéas du I de l'article L. 229-3. Le premier président statue dans un délai de quarante-huit heures.

L'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Le délai de pourvoi en cassation est de quinze jours.

En cas de décision de refus devenue irrévocable, les données copiées sont détruites et les supports saisis sont restitués, dans l'état dans lequel ils ont été saisis, à leur propriétaire.

Pendant le temps strictement nécessaire à leur exploitation autorisée selon la procédure mentionnée au présent article, les données et les supports saisis sont conservés sous la responsabilité du chef du service ayant procédé à la visite et à la saisie. Les systèmes informatiques ou équipements terminaux sont restitués à leur propriétaire, le cas échéant après qu'il a été procédé à la copie des données qu'ils contiennent, à l'issue d'un délai maximal de quinze jours à compter de la date de leur saisie ou de la date à laquelle le juge, saisi dans ce délai, a autorisé l'exploitation des données qu'ils contiennent. Les données copiées sont détruites à l'expiration d'un délai maximal de trois mois à compter de la date de la visite ou de la date à laquelle le juge, saisi dans ce délai, en a autorisé l'exploitation.

Droit de l'espace numérique

En cas de difficulté dans l'accès aux données contenues dans les supports saisis ou dans l'exploitation des données copiées, lorsque cela est nécessaire, les délais prévus à l'avant-dernier alinéa du présent II peuvent être prorogés, pour la même durée, par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris, saisi par l'autorité administrative au moins quarante-huit heures avant l'expiration de ces délais. Le juge statue dans un délai de quarante-huit heures sur la demande de prorogation présentée par l'autorité administrative. Si l'exploitation ou l'examen des données et des supports saisis conduit à la constatation d'une infraction, ces données et supports sont conservés selon les règles applicables en matière de procédure pénale ».

(Sur cette même décision, voir également la rubrique « Police administrative », p.45-48)

Actualité pénale

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

EXAMEN DE CONTRÔLE DE L'IMPRÉGNATION ALCOOLIQUE

Crim. 20 mars 2018, n° 17-238, publ. Bull. à venir

À la suite d'un accident de la route, le conducteur du véhicule impliqué a été conduit à l'hôpital où il a été soumis à une prise de sang à visée médicale dont l'analyse a révélé un taux d'alcool dans le sang de 3,11 g/l. Dans un premier temps, il a refusé la prise de sang dans le cadre de la procédure ; celle-ci ayant été réalisée 3 heures après son arrivée à l'hôpital, elle n'a révélé qu'un taux d'alcool de 2,05 g/l dans le sang. La contre-expertise demandée par l'intéressé a révélé un taux de 2,02 d'alcool g/l dans le sang. Il a été poursuivi pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique en récidive et défaut de maîtrise. La personne a demandé la nullité des examens médicaux effectués, refusée par le tribunal correctionnel, dont l'appréciation a été confirmée par la chambre des appels correctionnels, ce qui a permis aux juges d'entrer en voie de condamnation.

Les articles R 3354-1 et suivants du Code de la santé publique définissent les conditions dans lesquelles les vérifications médicales, cliniques et biologiques sont effectuées et qui comportent un examen clinique médical avec prise de sang, analyse médicale, interprétation médicale des résultats obtenus (article R 3354-3) et un examen de comportement, dont le résultat est consigné sur une fiche d'examen de comportement, dite fiche A (R 3354-4). Or, en l'espèce, cet examen n'avait pas été effectué, ce qui était critiqué par le prévenu. La Cour d'appel avait rejeté

Actualité pénale

la critique, puisque les examens cliniques et les analyses sanguines ne laissent aucun doute sur l'imprégnation alcoolique et si l'examen de comportement n'avait pas été effectué par les officiers de police judiciaire, ces derniers avaient assisté aux opérations de prélèvement et de contrôle effectuées par les médecins. Les fiches A et B avaient été établies à cette occasion. Le pourvoi critique la violation de la procédure prévue à l'article R 3354-3 spécifiquement.

La Chambre criminelle rejette le pourvoi en se fondant à la fois sur un argument tiré de l'espèce, mais aussi sur une règle à portée générale, puisqu'elle saisit l'occasion pour la formuler. D'une part, « l'absence de cette fiche, dont l'objet est de vérifier si le mis en cause présente des signes d'alcoolisation, est palliée par le versement en procédure du certificat médical établi sur réquisition le 1^{er} juillet 2015 relatant le bilan lésionnel effectué à l'arrivée de M.Y dans le service des urgences du CHU et au **terme** duquel il présentait notamment, après analyse du prélèvement effectué à 19 heures 35, un taux d'alcoolémie de 3,11 grammes /litre et par l'examen clinique objet de la fiche B effectué par le même médecin entre 21 heures 50 et 22 heures, qui a relevé chez l'intéressé des explications embrouillées et une haleine caractéristique, de sorte qu'aucun grief ne peut être tiré du défaut d'examen de comportement pratiqué par l'agent ou officier de police judiciaire ayant constaté l'infraction ». D'autre part, la Chambre criminelle formule une règle générale en décidant que « les dispositions du dernier alinéa de l'article R. 3354-3 du Code de la santé publique, selon lesquelles les opérations de contrôle de l'imprégnation alcoolique sont précédées d'un examen du comportement de la personne concernée, ne sont pas prescrites à peine de nullité ».

Le pourvoi proposait un second moyen qui avait peu de chances

Actualité pénale

de prospérer, puisqu'il critiquait le fait que les analyses aient été effectuées par deux personnes distinctes travaillant au sein du même laboratoire, ce qui entachait leur intervention d'un soupçon de partialité et d'absence d'objectivité. La Chambre criminelle rejette le moyen, car les deux experts étaient inscrits sur la liste des experts de la Cour d'appel et le fait « qu'ils exercent tous deux au sein du même laboratoire, qui n'est pas proscrit par les dispositions réglementaires en vigueur, est sans incidence sur la régularité de la procédure » ainsi que « le fait que le second expert exerce au sein du même laboratoire que celui ayant réalisé la première analyse n'est pas, en soi, de nature à faire douter de sa neutralité ».

NE BIS IN IDEM

CEDH 29 mars 2018, Krombach c/ France - EPILOGUE

La célèbre affaire Krombach-Bamberski connaît enfin son épilogue, plus de 35 ans après les faits, après avoir marqué le droit français, européen, mais aussi les récits médiatiques ou le cinéma. Kalinka Bamberski, 15 ans, est décédée alors qu'elle séjournait chez son beau-père, Dieter Krombach, en Allemagne, en 1982. Les différentes enquêtes menées par les autorités allemandes n'ont pas permis de rassembler des éléments suffisants. Malgré la plainte déposée par le père de la victime pour viol et assassinat, l'affaire a fait l'objet de quatre classements sans suite et le recours contre ces décisions a été déclaré irrecevable. La victime étant française, une procédure a été ouverte en France, sur plainte de son père. Une première fois, la Cour

Actualité pénale

d'assises a condamné par contumace le docteur Krombach à quinze ans de réclusion criminelle pour violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Ayant refusé de se constituer prisonnier, conformément aux règles en vigueur à l'époque, le docteur Krombach ne pouvait être défendu et représenté par ses avocats devant les juges du fond et le pourvoi en cassation ne lui était pas ouvert. La Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la France dans un premier arrêt datant du 13 février 2001 pour violation des règles du procès équitable et, plus particulièrement, l'inexistence des voies de recours adéquates, ce qui a entraîné une modification de la procédure criminelle par défaut. Malgré cette victoire procédurale, le docteur Krombach est resté en Allemagne, ne se rendant à aucune convocation des autorités françaises. En 2009, il a été retrouvé ligoté devant la gendarmerie de Mulhouse, l'enlèvement ayant été organisé par André Bamberski, le père de la victime. Sa présence sur le territoire français a permis de reprendre la procédure. Poursuivi une nouvelle fois pour violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, il a été condamné à quinze ans de réclusion criminelle, peine confirmée par la Cour d'assises d'appel. Son pourvoi en cassation fut rejeté par la Cour de cassation, principalement pour deux raisons. D'une part, même si l'infraction a été commise à l'étranger, à partir du moment où elle a touché une victime française, la loi française peut s'appliquer et la personne ne peut échapper aux poursuites que si elle a été définitivement jugée à l'étranger. Or, le classement sans suite ne produit pas d'effet d'autorité de la chose jugée, car il n'a pas valeur de jugement définitif, il constitue une décision d'administration judiciaire. D'autre part, l'action publique n'est pas soumise à la condition d'une présentation volontaire en France de la personne

Actualité pénale

poursuivie. Or, en l'espèce, la contrainte exercée n'était pas imputable aux autorités françaises qui avaient mis en œuvre l'ensemble des garanties du procès équitable. D'ailleurs, André Bamberski et les deux exécutants ont été poursuivis et condamnés pour les faits d'enlèvement et, seulement pour les hommes de main, pour des faits de violences à l'encontre du docteur Krombach.

Le docteur Krombach invoque la violation de l'article 4 du Protocole n°7 garantissant le principe *ne bis in idem*. Pourtant, le rapport explicatif limite l'application de ce principe seulement au plan national en visant « les juridictions du même État ». D'autres Conventions internationales règlent l'application de ce principe au plan international. Plus particulièrement, le droit de l'Union européenne prévoit dans l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux que « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a été puni définitivement dans un autre État de l'Union ». Le rapport explicatif précise que le principe ne s'applique pas seulement aux décisions rendues au sein d'un même État, mais aussi entre les juridictions de plusieurs États, en tant « qu'acquis du droit de l'Union ». Le Pacte des droits civils et politiques de 1966 limite l'application du principe *ne bis in idem* aux juridictions d'un même État, même s'il encourage la coopération pour éviter les doubles condamnations. Le Docteur Krombach se prévaut plus particulièrement d'un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 5 juin 2014 qui fait obstacle à de nouvelles poursuites dans un État membre de l'Union en cas de décision définitive dans un autre État de l'Union. Le gouvernement français, ainsi que les tiers intervenants, soutiennent que le classement sans suite ne peut être considéré comme une décision définitive et que l'article 4 du Protocole n°7 ne

Actualité pénale

trouve pas à s'appliquer entre plusieurs États, fussent-ils membres de l'Union européenne.

La Cour considère que l'interprétation extensive proposée par le requérant heurte la lettre même de l'article 4 du protocole n°7 qui renvoie « expressément au « même État » partie à la Convention plutôt qu'à tout État partie à la Convention », ainsi que l'esprit du texte révélé par le rapport explicatif. La Cour a jugé avec constance que la règle avait un cadre d'application exclusivement national, retrouvant la même inspiration que celle du Pacte International de 1966. Le fait que les deux pays soient membres de l'Union européenne qui donne au principe *ne bis in idem* une dimension trans-étatique ne change rien à l'interprétation de l'article. La Cour EDH précise qu'elle n'est pas compétente pour appliquer les règles de l'Union européenne. Il appartient aux autorités nationales d'appliquer le droit de l'Union européenne, la Cour EDH se bornant « à déterminer si les effets de leurs décisions sont compatibles avec la Convention ». Elle ne peut donc pas juger si les décisions nationales ont contrevenu au droit de l'Union européenne. De plus, la Convention EDH est soumise au principe de subsidiarité qui laisse toute latitude aux États membres de mettre en place une protection nationale des libertés fondamentales supérieure à celle garantie par la Convention.

Par conséquent, la Cour applique à la lettre l'article 4 du Protocole n°7 qui « ne fait pas obstacle à ce qu'une personne soit poursuivie ou punie pénalement par les juridictions d'un État partie à la Convention en raison d'une infraction pour laquelle elle avait été acquittée ou condamnée par un jugement définitif dans un autre État partie ». L'article ne trouve donc pas à s'appliquer dans l'affaire Krombach, puisque les poursuites ont été menées par les juridictions de deux États différents, à savoir l'Allemagne et la France. Ce constat la dispense de rechercher si

Actualité pénale

la décision de classement définitif en Allemagne équivaut à une décision judiciaire définitive. Le grief formulé par le requérant est incompatible « *ratione materiae* » avec la Convention, ce qui rend la requête irrecevable.

RÉTENTION DE SÛRETÉ – MOTIVATION

Crim. 28 mars 2018, n° 17-86938, publ. Bull. à venir

Un individu est condamné le 5 avril 2000 à vingt ans de réclusion criminelle pour viols aggravés en récidive, actes de torture et de barbarie, violences volontaires aggravées, menaces, escroquerie et vol aggravé. À la fin de son incarcération, le 26 août 2010, il est placé sous surveillance judiciaire pendant une durée de quatre ans. N'ayant pas respecté ses obligations, les réductions de peine lui ont été retirées et il a été réincarcéré jusqu'au 8 juin 2016, date à laquelle il a été placé sous surveillance de sûreté, avec plusieurs obligations dont une injonction de soins, pendant une durée de deux ans. En raison d'une nouvelle violation de ses obligations, le 13 janvier 2017, le juge de l'application des peines (JAP) saisit la juridiction régionale de la rétention de sûreté afin de le placer en centre socio-médico-judiciaire en raison de sa dangerosité, caractérisée par un risque élevé de récidive. Le 16 janvier 2017, il est condamné à un an d'emprisonnement pour des faits de menaces de mort en raison de l'ethnie commis entre le 6 et le 14 janvier 2017. Le JAP a saisi la commission pluri-disciplinaire des mesures de sûreté afin qu'elle se prononce sur le placement de l'individu en rétention de sûreté. Sa demande reçoit un avis favorable. La juridiction régionale décide du placement en rétention

Actualité pénale

de sûreté et le place sous ce régime à la fin de la période d'emprisonnement en cours. Le condamné fait appel, la juridiction nationale de la rétention de sûreté confirme la décision des premiers juges. Il forme un pourvoi en cassation dont seuls deux moyens retiennent l'attention.

Le troisième moyen se fonde sur la violation du principe de non-rétroactivité prévu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme et les articles 706-53-13 et suivants du Code de procédure pénale. Ces derniers définissent le principe et la procédure afin de placer une personne sous le régime de la rétention de sûreté. La loi 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental a créé deux nouvelles mesures de sûreté prenant appui sur la dangerosité de l'auteur de l'infraction. D'une part, la surveillance de sûreté qui se compose de mesures d'obligation et interdiction classiques prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire, dont l'injonction de soins et le placement sous surveillance électronique mobile. D'autre part, la rétention de sûreté qui se traduit par un placement en centre socio-médico-judiciaire après expertise et avis de la commission pluri-disciplinaire qui se prononce sur sa dangerosité. Cette mesure dure un an, mais est renouvelable sans limite.

Dans sa décision du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le régime juridique de ces deux mesures. La loi du 25 février 2008 les a expressément qualifiées de mesures de sûreté, ce qui a une conséquence importante sur leur application dans le temps. Si la peine est soumise au principe de non-rétroactivité de la loi plus sévère, la mesure de sûreté y

Actualité pénale

échappe. Ainsi, le juge n'a pas à prendre en compte son caractère plus ou moins sévère, elle est prononcée en raison de la dangerosité concomitante au jugement et peut s'appliquer à des infractions commises avant son entrée en vigueur. Malgré cette règle traditionnelle d'application constante, le Conseil constitutionnel a introduit une nuance dans le régime juridique des mesures de sûreté. S'il a considéré qu'aussi bien la surveillance de sûreté que la rétention de sûreté ne sont « ni des peines, ni des sanctions ayant le caractère d'une punition », ce qui signifie qu'elles constituent des mesures de sûreté, il ne les a pas soumises à la même règle d'application dans le temps. La surveillance de sûreté peut rétroagir, mais la rétention de sûreté, de par son caractère privatif de liberté, est soumise à la non-rétroactivité, rejoignant les garanties imposées aux peines. Se dessine ainsi la distinction entre les mesures de sûreté privatives de liberté qui sont soumises au principe de non-rétroactivité et les mesures de sûreté restrictives de droits qui peuvent s'appliquer à des infractions commises avant leur entrée en vigueur. Ainsi, la rétention de sûreté semblait vouée à l'échec et à une application tardive, dans la mesure où elle est limitée aux infractions les plus graves et uniquement lorsqu'une peine de quinze ans de réclusion criminelle a été prononcée. Cependant, le Conseil constitutionnel laisse une possibilité d'application immédiate de la rétention de sûreté. En vertu de l'article 705-53-19 du Code de procédure pénale, la personne violant une des obligations de la surveillance de sûreté peut être placée en rétention de sûreté. Dans cette hypothèse, la mesure de sûreté s'applique normalement à un fait commis après son entrée en vigueur entrant naturellement dans son champ d'application. Il n'est nullement question ici d'application rétroactive, ce qui est validé par le Conseil constitutionnel. Le moyen soutenu par le

Actualité pénale

pourvoi était condamné d'avance et la Chambre criminelle le rejette en notant que, si l'infraction était commise avant la loi du 25 février 2008, la violation des obligations de la surveillance de sûreté justifiant le placement en rétention de sûreté était survenu après son entrée en vigueur, de sorte que la procédure avait été parfaitement respectée.

Le quatrième moyen fondé sur l'article 706-53-15 porte sur la motivation de la rétention de sûreté et emporte la conviction de la Chambre criminelle qui prononce la cassation. La rétention de sûreté, fondée sur la particulière dangerosité de la personne qui y est soumise, consiste en un placement en établissement socio-médico-judiciaire. Sa philosophie est préventive et consiste à utiliser d'autres moyens que l'incarcération pour prendre en charge la dangerosité de la personne. Utilisée en dernier recours, elle ne peut pas être utilisée comme un supplément de peine et ne se substitue pas à cette dernière. C'est la raison pour laquelle l'article 706-53-15, alinéa 3, dispose « la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut prononcer une rétention de sûreté qu'après avoir vérifié que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre » et exige une motivation spéciale sur ce point. Or, la juridiction régionale n'avait nullement évoqué ce point dans sa décision de placement et la juridiction nationale l'avait écarté, puisque la personne placée ne l'avait pas soulevé en première instance, l'assimilant ainsi à une condition de forme. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt sur ce point, car les juges ont méconnu les conditions du Code de procédure pénale, autant sur la forme – l'exigence de motivation – que sur le fond – l'exigence qu'une

Actualité pénale

prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité du condamné aient été proposés pendant son incarcération. Cet arrêt est intéressant à deux titres. D'une part, les décisions sur la rétention de sûreté sont extrêmement rares ; or, malgré l'hostilité qu'elle a toujours soulevée et qu'elle continue de susciter, elle demeure en droit positif depuis plus de 10 ans. D'autre part, la Cour de cassation indique que la mesure de sûreté doit être maniée avec prudence et parcimonie et qu'elle n'est pas conçue pour pallier les carences ou les lacunes des peines, mais pour assumer un rôle différent de prise en charge des cas de dangerosité les plus sévères. Dans cette matière, plus que dans les autres, il convient d'appliquer une interprétation stricte de la loi pénale et tenir compte des termes mêmes de l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale.

RECEL – ŒUVRES PICASSO

Crim. 28 février 2018, n° 17-80694

L'affaire a fait grand bruit dans les mass media ainsi que dans les revues juridiques. L'ex-électricien de Pablo Picasso avait contacté le fils du célèbre peintre, administrateur de la succession, afin d'authentifier les œuvres qu'il détenait avec son épouse – 271 œuvres peintes pendant une durée d'une trentaine d'années – qui n'avaient jamais été mentionnées et ne figuraient dans aucun inventaire successoral ou artistique. Une information judiciaire a été ouverte et les époux ont été poursuivis du chef de recel de vol. Dans un premier temps, les prévenus ont déclaré, qu'en raison des relations qu'ils entretenaient avec le peintre et son épouse, ces derniers leur avaient remis un sac contenant ces

Actualité pénale

œuvres, qu'ils l'avaient entreposé dans leur garage sans en connaître la valeur, ce qui a permis aux juges du premier degré d'entrer en voie de condamnation. En appel, ils sont revenus sur leurs déclarations antérieures et ont soutenu que la veuve de Picasso leur avait confié, peu après la mort de son époux, des œuvres pendant quelques mois pour les soustraire à l'inventaire successoral, puis, dans un second temps, donné une partie de celles-ci. Les juges d'appel confirment la condamnation pour recel, considérant que cette version est « dénuée de crédibilité » et établissent l'élément moral du recel en retenant que les prévenus « dont les mensonges et les déclarations incohérentes, relatives notamment à leur entrée en possession des œuvres litigieuses, établissent la mauvaise foi, ne pouvaient ignorer l'origine frauduleuse de celles-ci ».

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel dans toutes ses dispositions au visa de l'article 321-1 du Code pénal. Si les deux alinéas punissent aussi bien le recel-détention que le recel-profit, le fondement de la prévention est ici le premier alinéa punissant « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit ». Avant même de caractériser les éléments matériel et moral du recel, il convient de s'assurer de la condition préalable, qui est la provenance frauduleuse de la chose, car cette dernière doit nécessairement résulter d'une infraction constituant un crime ou un délit. C'est le reproche fait par la Chambre riminelle aux juges du fond. S'ils ont caractérisé les éléments constitutifs, ils n'ont pas démontré l'existence de la condition préalable. Puisque les prévenus ont été poursuivis pour recel de vol, il convient d'établir l'infraction préalable, avant de retenir le recel. La règle juridique et de bon sens est tellement évidente

Actualité pénale

qu'elle n'appelle pas de longs commentaires, mais sa mise en œuvre peut se révéler délicate.

MOTIVATION COUR D'ASSISES

Conseil constitutionnel n° 2017-694 QPC, 2 mars 2018

L'article 365-1 du Code de procédure pénale, introduit par la loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, prévoit, qu'en cas de condamnation par la Cour d'assises, une feuille de motivation annexe expose « l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises ». La jurisprudence constante de la Cour de cassation décide que l'article 365-1 du Code de procédure pénale interdit la motivation par la Cour d'assises de la peine qu'elle prononce.

La question prioritaire de constitutionnalité soutient « que ces dispositions, en ce qu'elles n'imposent pas à la cour d'assises de motiver la peine, portent atteinte aux principes de nécessité et de légalité des peines, au principe d'individualisation des peines, au droit à une procédure juste et équitable, aux droits de la défense et au principe d'égalité devant la loi et devant la justice ».

Le Conseil constitutionnel, en se fondant sur le principe d'individualisation des peines, contenu dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, considère « qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce », ce qui impose « la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la

Actualité pénale

culpabilité comme pour la peine ». L'article 365-1, alinéa 2, est déclaré inconstitutionnel avec effet différé au 1^{er} mars 2018, mais impose, en attendant, que ses dispositions « doivent être interprétées comme imposant également à la cour d'assises d'énoncer, dans la feuille de motivation, les principaux éléments l'ayant convaincue dans le choix de la peine ».

PRÉSENCE DES JOURNALISTES AU COURS D'UNE PERQUISITION

Conseil constitutionnel n° 2017-693, QPC 2 mars 2018

L'article 11 du Code de procédure pénale pose le principe du secret de l'instruction et de l'enquête, alors que l'article 56 détermine les conditions de la perquisition. L'association de la presse judiciaire reproche à la Cour de cassation d'interpréter ces dispositions comme interdisant aux journalistes d'assister aux perquisitions (voir veille juridique N°54, janvier 2017, p.33-36), alors même que cette présence a été autorisée par l'autorité publique et par la personne concernée par la perquisition, interprétation reprise par la circulaire du 27 avril 2017 du garde des Sceaux faisant l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État. Or, les requérants considèrent cette circulaire et l'interprétation consacrée comme contraires à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) protégeant la liberté d'expression et de communication, dont le « droit du public à recevoir des informations d'intérêt général » en constituerait le corollaire.

Le Conseil constitutionnel rappelle que le secret imposé par

Actualité pénale

l'article 11 du Code de procédure pénale entend « d'une part, garantir le bon déroulement de l'enquête et de l'instruction, poursuivant ainsi les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, tous deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle » et « d'autre part, protéger les personnes concernées par une enquête ou une instruction, afin de garantir le droit au respect de la vie privée et de la présomption d'innocence » garantis aussi par la DDHC. La portée du secret est limitée, car le législateur lui-même a prévu plusieurs dérogations particulières, et ne prive pas les tiers, en particulier les journalistes, de rendre compte de la procédure ou les parties d'exercer leurs droits de la défense.

Par conséquent, « l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi », ce qui ne lie pas le législateur à l'avenir puisqu'il peut « autoriser la captation par un tiers du son et de l'image à certaines phases de l'enquête et de l'instruction dans des conditions garantissant le respect des exigences constitutionnelles ».

Police administrative

Par M. Ludovic Guinamant

Le ministre de l'Intérieur peut s'opposer à des libéralités consenties aux États ou établissements étrangers pour des motifs d'activités contraires à l'ordre public commis à l'étranger

Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies, 30 mars 2018, n°411123 et 411124

Cour administrative d'appel de Paris, 30 mars 2017, n°15PA03592 et 15PA03590

Aux termes de l'article 910 du Code civil et du décret n°2007-807 du 11 mai 2007 relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du Code civil, le ministre de l'Intérieur peut s'opposer aux libéralités consenties aux États ou établissements étrangers. En effet, d'une part, le III de l'article 910 du Code civil précise que : « Les libéralités consenties à des États étrangers ou à des établissements étrangers habilités par leur droit national à recevoir des libéralités sont acceptées librement par ces États ou par ces établissements, sauf opposition formée par l'autorité compétente, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État » et, d'autre part, l'article 6-4 du décret du 11 mai 2007 énonce que : « Au vu des avis recueillis, le ministre de l'intérieur peut faire usage de son droit d'opposition à l'acceptation des libéralités consenties aux États ou établissements étrangers, pour les motifs tirés :

1° Des engagements internationaux souscrits par la France ou de la défense de ses intérêts fondamentaux ; 2° De la nature des activités de l'établissement étranger ou de ses dirigeants, en particulier celles visées à l'article 1^{er} de la loi du 12 juin 2001 (...) » tendant à renforcer la

Police administrative

prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales.

Par deux arrêts du Conseil d'État du 30 mars 2018, ce dernier est venu préciser la portée du contrôle de l'autorité administrative sur les libéralités à destination de l'étranger.

En l'espèce, le ministre de l'Intérieur refusait l'exécution en France de dispositions testamentaires consenties par Mme B...A... au bénéfice du mouvement raëlien international le 15 avril 2011, puis les 21 mars et 1^{er} juillet 2013, il faisait de même pour des legs consentis par Mme C... et MM. A... et B... . Le tribunal administratif, puis la Cour administrative de Paris annulaient ces décisions ministérielles aux motifs que le ministre de l'Intérieur ne justifiait pas que le mouvement raëlien était un mouvement sectaire au sens de la loi du 12 juin 2001 et qu'il présentait une menace pour l'ordre public en France.

Le Conseil d'État considère toutefois que « ces dispositions donnent au ministre de l'intérieur le pouvoir de faire usage de son droit d'opposition à l'acceptation d'une libéralité par un établissement étranger notamment lorsque les activités de cet établissement ou de ses dirigeants, qu'elles soient menées en France ou à l'étranger, sont contraires à l'ordre public ».

Ainsi, en introduisant la notion d'activités qui seraient contraires à l'ordre public à l'étranger, le Conseil d'État invite le ministre de l'Intérieur à se prononcer compte tenu du comportement à l'étranger d'une personne physique ou d'une personne morale. Il casse ainsi les arrêts de la Cour administrative d'appel en considérant que « le seul motif que cette association n'était pas interdite en France et que Mme C...et MM. A...et B..., qui en étaient

Police administrative

membres actifs, n'étaient pas défavorablement connus des services de police, sans rechercher si les activités de cette association, en France mais aussi à l'étranger, n'étaient pas contraires à l'ordre public, la cour a commis une erreur de droit ».

Les nouvelles dispositions de prévention des actes de terrorisme validées par le Conseil Constitutionnel hormis la saisie, lors des visites domiciliaires, des objets et documents non liés à des systèmes informatiques

Conseil constitutionnel, décision QPC n°2017-695, 29 mars 2018

M. B..., à l'appui de la demande en référé qu'il a présentée sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative et tendant à la suspension de l'exécution de l'arrêté du ministre de l'Intérieur du 31 octobre 2017 prenant à son encontre une mesure de contrôle administratif et de surveillance, a produit un mémoire par lequel il soulève une question prioritaire de constitutionnalité.

Dans le même temps, la Ligue des droits de l'Homme demande au Conseil d'État, à l'appui de sa requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 31 octobre 2017 relative à la mise en œuvre de la loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Le Conseil constitutionnel était donc saisi sur la

Police administrative

constitutionnalité des principales dispositions prévues par la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme du 30 octobre 2017. Les Sages de la rue Montpensier valident pratiquement l'ensemble des dispositions en litige, qui renforcent la police administrative de la prévention des actes de terrorisme, tout en formulant un certain nombre de réserves d'interprétation.

Les premières dispositions contestées étaient celles permettant au préfet d'instituer un périmètre de protection, au sein duquel l'accès et la circulation des personnes sont réglementés à des fins de sécurisation d'un lieu ou d'un événement exposé à un risque terroriste.

Le Conseil constitutionnel relève que s'il a permis d'associer des personnes privées à l'exercice de missions de surveillance générale de la voie publique, le législateur a prévu que ces personnes ne peuvent qu'assister les agents de police judiciaire et sont « placées sous l'autorité d'un officier de police judiciaire ». Par une première réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel juge qu'il appartient aux autorités publiques de prendre les dispositions afin de s'assurer que soit continuellement garantie l'effectivité du contrôle exercée sur ces personnes par les officiers de police judiciaire.

Par la voie d'une deuxième réserve, il juge que s'il était loisible au législateur de ne pas fixer les critères en fonction desquels sont mises en œuvre, au sein des périmètres de protection, les opérations de contrôle de l'accès et de la circulation, de palpations de sécurité, d'inspection et de fouille des bagages et de visite de véhicules, la mise en œuvre de ces vérifications ne

Police administrative

saurait s'opérer qu'en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes.

Par la voie d'une troisième réserve d'interprétation, il juge également que si le renouvellement d'un périmètre de protection est subordonné à la nécessité d'assurer la sécurité du lieu ou de l'événement et à la condition qu'il demeure exposé à un risque d'actes de terrorisme, à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation, ce renouvellement ne saurait, sans méconnaître la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée, être décidé par le préfet sans que celui-ci établisse la persistance du risque.

S'agissant de la mesure d'interdiction de fréquenter certaines personnes, le Conseil constitutionnel relève que, en l'instaurant, le législateur a poursuivi l'objectif de lutte contre le terrorisme et qu'il en a limité le champ d'application aux personnes soupçonnées de présenter une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public. Il juge que la menace présentée par les personnes nommément désignées, dont la fréquentation est interdite, doit être en lien avec le risque de commission d'actes de terrorisme.

Le Conseil constitutionnel, toutefois, souligne qu'il appartient au ministre de l'Intérieur de tenir compte, dans la détermination des personnes dont la fréquentation est interdite, des liens familiaux de l'intéressé et de s'assurer en particulier que l'interdiction de fréquentation ne porte pas une atteinte disproportionnée à son droit de mener une vie familiale normale. Par ailleurs, comme il l'avait jugé dans sa décision du 16 février 2018, à propos de l'assignation à résidence, le Conseil constitutionnel indique que,

Police administrative

compte tenu de sa rigueur, l'interdiction de fréquenter ne saurait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles, excéder, de manière continue ou non, une durée totale cumulée de douze mois.

Enfin, en ce qui concerne les dispositions relatives aux visites domiciliaires et aux saisies, le Conseil constitutionnel relève que les dispositions contestées permettent la saisie, au cours de la visite, non seulement de données et des systèmes informatiques et équipements terminaux qui en sont le support, mais aussi de « documents » et d'« objets ». Toutefois, à la différence du régime qu'il a défini pour les données et les supports, le législateur n'a fixé aucune règle encadrant l'exploitation, la conservation et la restitution des documents et objets saisis au cours de la visite. Ces dispositions relatives à la saisie de documents et d'objets méconnaissent donc le droit de propriété et sont déclarées contraires à la Constitution.

(Sur cette même décision, voir également la rubrique « Droit de l'espace numérique », p.23-27)

Placement en rétention des étrangers demandeurs d'asile, soumis à la procédure Dublin III, avant la décision d'accord de l'État membre

Conseil constitutionnel, décision n°2018-762 DC du 15 mars 2018 - Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen

Police administrative

60 sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel, contestant certaines dispositions des articles 1^{er} et 3 de la loi du 15 mars 2018, modifiant les conditions de placement en rétention administrative et d'assignation à résidence des demandeurs d'asile relevant du règlement européen du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (règlement dit « Dublin III »).

Les dispositions contestées modifient le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile afin de définir les conditions dans lesquelles le demandeur d'asile présentant un risque non négligeable de fuite peut être placé en rétention. Elles définissent douze critères en fonction desquels ce risque peut être regardé comme établi. Elles réduisent de quinze à sept jours le délai de recours contre la décision de transfert vers l'État responsable de l'examen de la demande d'asile, lorsque l'étranger ne fait pas l'objet d'une mesure de placement en rétention ou d'assignation à résidence.

Le Conseil constitutionnel relève que le placement en rétention d'un étranger sollicitant l'asile intervient à un stade de la procédure où l'autorité administrative dispose d'indices sérieux que l'examen de la demande d'asile échoit à un autre État en application du règlement européen du 26 juin 2013. Il précise que le placement ne peut être décidé qu'à l'encontre d'un étranger qui présente un risque non négligeable de fuite, alors qu'il est susceptible d'être transféré vers un autre État. Cette mesure est donc motivée par la sauvegarde de l'ordre public.

Police administrative

Le Conseil constitutionnel précise que, dans ce cas, il appartient à l'administration d'apprécier, sous le contrôle du juge, les situations caractérisant un risque non négligeable de fuite sur la base d'une évaluation individuelle prenant en considération l'état de vulnérabilité de l'intéressé et de tenir compte d'éventuelles circonstances particulières ne permettant pas de regarder le risque allégué comme établi. Si, au nombre des situations pouvant caractériser un tel risque de fuite comptent l'altération de ses empreintes digitales pour empêcher leur enregistrement, la fraude aux titres d'identité, de séjour ou de voyage, la dissimulation de son identité, de son parcours ou de sa situation, notamment vis-à-vis de l'asile, l'appréciation du caractère volontaire de ces altérations, fraudes ou dissimulations est placée sous le contrôle du juge.

Prévention du terrorisme : le ministre chargé des naturalisations peut invoquer le défaut de loyalisme envers la France pour refuser la naturalisation d'un couple étranger réfugié en France

Cour administrative d'appel de Nantes, 5 mars 2018, n° 17NT010002

Le ministre chargé des naturalisations a refusé la naturalisation d'un couple de ressortissants russes, d'origine tchétchène, ayant le statut de réfugié en France depuis 2003.

Le ministre avait estimé, dans ses décisions du 29 juillet 2015, qu'en regard à l'environnement dans lequel évoluait le mari, son

Police administrative

loyalisme envers notre pays et ses institutions n'était pas avéré et qu'eu égard à l'ancienneté et à la stabilité de sa communauté de vie avec son conjoint, l'épouse ne pouvait ignorer ses activités et relations et devait être regardée comme ne présentant pas un loyalisme suffisant envers la France et ses institutions.

Toutefois, le tribunal administratif de Nantes avait annulé ses décisions au motif que le ministre n'avait pas transmis la note blanche de la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), au nom de la sûreté de l'État et que, dès lors, le caractère non circonstancié des faits reprochés ne permettait pas d'attester du manque de loyalisme du couple envers la France et ses institutions. Les pièces du dossier indiquaient toutefois que le ministre de l'Intérieur s'était prévalu en première instance de ladite note blanche, non communicable, transmise le 7 juillet 2015 par la DGSI à la directrice de l'accueil, de l'accompagnement des étrangers et de la nationalité en mentionnant, qu'à l'occasion d'un entretien qui s'était tenu le 24 mars 2014 dans le cadre de sa demande de naturalisation, le couple s'était montré réservé sur ses activités le liant à des individus soutenant la rébellion tchétchène ou appartenant à la mouvance islamiste.

Toutefois, la Cour administrative d'appel de Nantes annule le jugement du TA de la cité des ducs de Bretagne. Le ministre de l'Intérieur ayant, en appel, produit une note de la DGSI, établie le 20 mars 2017, soit postérieurement aux décisions contestées mais se rapportant à des événements précis datant des années 2011 à 2016, faisant état de rencontres entre le mari et plusieurs personnes soupçonnées par les autorités russes d'appartenir à un groupe de criminalité organisée impliqué dans la préparation d'un acte terroriste dans la région de Moscou, signalées en prison

Police administrative

pour leurs contacts réguliers avec des détenus proches des milieux djihadistes et terroristes connus pour leur prosélytisme exacerbé en détention, ou d'individus supposés apporter un soutien logistique à des filières d'acheminement de combattants tchétchènes en Syrie.

La Cour précise également, qu'en réponse à ces faits précis et circonstanciés portés à sa connaissance en appel, le mari se borne à soutenir que son aura auprès de la diaspora tchétchène, qui résulte notamment de la reconnaissance de sa qualité de réfugié, l'amène à dispenser des conseils à ses compatriotes mais qu'il ne peut répondre que de ses propres actes et pas de ceux qu'il est amené à côtoyer dans ce cadre.

Les magistrats de la Cour administrative d'appel de Nantes en déduisent néanmoins que ces éléments sont de nature à créer un doute sur le loyalisme du mari et de son épouse, laquelle ne pouvait ignorer la nature de ces contacts répétés.

Droit de la sécurité privée

Par M. Xavier Latour

Les gardes particuliers : une formule du passé pour l'avenir

Depuis bien longtemps, l'État a identifié la nécessité de s'appuyer sur des partenaires variés pour garantir la sécurité des personnes et des biens.

Ainsi, les forces nationales côtoient des forces locales et para-publiques (Surveillance générale de la SNCF et Groupe de protection et de sécurisation des réseaux - GPSR - de la RATP), plus largement les forces publiques agissent aux côtés d'intervenants privés. Dans ce dernier cas, le regard se tourne vers le plus visible, en l'occurrence les activités privées de sécurité définies et organisées par le Livre 6 du Code de la sécurité intérieure (CSI). Les partenaires de la puissance publique constituent, par voie de conséquence, un ensemble relativement hétérogène.

Rares sont ceux, sauf les participants à un colloque organisé par l'Université de Haute Alsace, le 14 mars 2018, qui attachent l'importance qu'elle mérite à une autre catégorie d'acteurs. Pourtant, depuis le décret du 20 messidor an III et dès le XVI^e siècle, il existe en France des gardes particuliers attachés à la protection des propriétés privées. De la sorte, l'État d'Ancien régime ou post-révolutionnaire s'engageait sur une voie qu'il n'a jamais abandonnée, quitte à créer une rivalité et une continuité entre le privé et le public.

À la croisée des droits, les gardes particuliers agissent aux côtés et, en partie, au nom de la puissance publique pour exercer une

Droit de la sécurité privée

forme de contrainte qui garantit un minimum d'obéissance. Plus précisément, ils combinent de manière originale la protection d'intérêts privés à celle de l'intérêt général.

En effet, entre unité et diversité, les gardes particuliers contribuent à préserver un ordre matériel. Cela justifie leur assermentation sur le fondement du Code de procédure pénale (articles 29 et 29-1 CPP), afin de protéger les biens placés sous leur surveillance. En ce sens, les gardes particuliers s'inscrivent dans une logique de partenariat parfois négligée. Les commettants soulagent pourtant les forces publiques, en recrutant des gardes particuliers sans qu'ils se substituent à elles.

Les gardes particuliers, personnes privées agissant pour le compte d'autres personnes privées, détiennent néanmoins des prérogatives limitées de police judiciaire, prolongation de leur assermentation, à la base de leur particularisme.

Alors que ce thème pourrait passer pour secondaire, en raison de son ancienneté et de son ancrage dans un environnement rural, son actualité constitue le premier enseignement marquant de ce colloque. L'assermentation de gardiens d'immeubles pour en faire des gardes particuliers attachés à de grands ensembles d'habitation démontre, par exemple, l'adaptabilité de la formule. En la matière, comme dans tant d'autres, l'État laisse se développer plusieurs formules (sécurité privée, médiation, initiatives citoyennes), en espérant qu'elles se compléteront les unes les autres.

Dans ce contexte, ce colloque a non seulement éclairé le statut, mais aussi les missions des gardes particuliers, dans une logique rénovée de partenariat. La protection de la propriété, appréciée extensivement, pourrait-elle justifier de nouvelles missions ? Dans l'affirmative, nécessiteraient-elles une adaptation du

Droit de la sécurité privée

droit ?

Si nos travaux ont démontré l'utilité des gardes particuliers (I), les perspectives d'évolution paraissent plus incertaines (II).

I. L'utilité des gardes particuliers

L'évolution du statut des gardes confirme leur modernité autant que leur utilité.

La loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux, ainsi que différents textes réglementaires (en particulier le décret n° 2006-1100 du 30 août 2006) ont renouvelé la matière. Ils fixent un cadre juridique, véritable garantie de bon déroulement de la mission pour la puissance publique, le donneur d'ordre et le garde lui-même. La formation prévue et les différents contrôles exercés valorisent l'activité. L'agrément demandé par le commettant pour son garde permet le contrôle en amont, tandis qu'en aval le procureur vérifie les procès-verbaux, à condition qu'il en reçoive.

Cependant, ni l'agrément ni l'assermentation ne justifient à eux seuls que les gardes soient armés par principe.

Plus généralement, le statut ne se dissocie pas des prérogatives détenues par les gardes. Leur ancrage dans la police judiciaire retient l'attention dans un environnement juridique censé refléter le monopole de la contrainte par la puissance publique. Bien que spéciale et particulière, la compétence judiciaire les démarque des agents privés de sécurité, pour les rapprocher des services para-publics.

L'ensemble constitué du statut et des prérogatives permet aux

Droit de la sécurité privée

gardes particuliers d'exercer efficacement leurs missions traditionnelles. Grâce à la connaissance de leur milieu, ils sont des vigies essentielles, autant en matière de protection de l'environnement que dans le domaine de la sécurité prise dans sa diversité. Dans ce cadre, ils interagissent avec les acteurs publics compétents en matière de protection des milieux naturels.

Un autre enseignement de ce colloque porte sur la diversification des missions des gardes particuliers, pour des raisons variables.

Des gardes particuliers sont employés par EDF, afin de lutter contre différentes formes de fraude.

Pour les grands ensembles d'habitation, l'assermentation a tout autant une finalité de valorisation des gardiens d'immeubles que d'incitation au respect du règlement intérieur. En dehors des grands ensembles, le recours à des gardes particuliers par des syndicats de copropriété dans un esprit de *gated communities* permet d'établir des constats lesquels, non sans originalité, ont un intérêt plus civil que pénal au titre de dommages-intérêts.

On retrouve des gardes particuliers à l'hôpital, afin de régler notamment la circulation et le stationnement.

Les collectivités territoriales aux prises avec des enjeux de protection de l'environnement recourent, elles aussi, à ce statut dans les milieux urbains et péri-urbains, surtout au titre de la police de déchets. À leur façon, ils sont les acteurs clés d'une police de proximité, y compris en Île-de-France.

Certains les verraient même sur la voie publique parce qu'elle relève d'un propriétaire public.

Droit de la sécurité privée

II. Les perspectives incertaines d'évolution

Pourtant, il est difficile de qualifier en droit le garde particulier, en raison d'un manque de définition textuelle, et d'une jurisprudence qui traduit l'éclatement de la notion entre droit public et droit privé. Si les travaux de la journée ont démontré la grande richesse de la notion de garde particulier, cette richesse est également synonyme d'hétérogénéité (y compris en matière de représentation professionnelle).

Dès lors, un seul et même statut suffit-il à en cerner les spécificités ? S'il y a unité, les éléments de diversité ne tendent-ils pas à prévaloir, jusqu'à opacifier la perception des gardes particuliers, souvent réduits à leurs missions dans la ruralité ?

Bien qu'en charge d'une mission de service public et soumis à l'autorité du commettant ainsi qu'à celle des autorités judiciaires (procureur de la République), le garde particulier se voit appliquer le droit du travail, même aménagé dans le cadre du bénévolat. Tout cela contribue à en faire une catégorie socioprofessionnelle autonome. La jonction entre le droit public et le droit privé à propos des aspects contractuels liant le garde au commettant le confirme.

La question du statut fait écho à celle de la distinction avec les agents privés de sécurité. Leur proximité retient l'attention, malgré des systèmes historiquement et juridiquement distincts.

Sur ce point, rien ne garantit que les gardes particuliers se démarqueront encore longtemps des agents privés de sécurité, surtout s'ils n'utilisent pas toujours leurs prérogatives de verbalisation qui en font pourtant leur originalité. Dans ce contexte, et au-delà des différences entre le statut du Livre 6 du CSI et celui

Droit de la sécurité privée

du garde particulier, des convergences se multiplient, ce qui soulève, au minimum, des interrogations.

Ainsi, la possibilité de contourner le Livre 6 du CSI (services internes ou prestataires) en recrutant des gardes particuliers existe. Dès lors, pour gagner en cohérence, ne conviendrait-il pas d'ouvrir l'assermentation aux agents privés de sécurité ?

En outre, si l'armement des gardes particuliers constitue une particularité, celle-ci s'efface, elle aussi, en raison des évolutions du droit applicable aux agents privés. Parallèlement, l'assouplissement de l'armement au profit des gardes particuliers les rapprocherait des agents privés. L'octroi justifié d'une protection pénale aux agents privés de sécurité, comme celle accordée aux gardes particuliers, achèverait de combler le fossé.

Ainsi, il suffirait que les professionnels du Livre 6 soient pénalement protégés et assermentés pour que la frontière s'opacifie encore davantage, voire disparaisse quasi totalement. De la sorte, les gardes particuliers agissant en dehors de leurs domaines traditionnels (chasse, pêche, environnement rural) verraient leur valeur ajoutée diminuer. Un peu comme les gardes champêtres seront sans doute absorbés par les polices municipales, les gardes particuliers le seraient, en tout ou partie, par les services internes et les prestataires de services soumis au Livre 6.

En tout état de cause, le garde particulier devra démontrer, dans la durée, sa capacité à opérer au-delà de la ruralité et de ses missions traditionnelles.

En raison de la mutation des missions confiées, un dialogue s'impose entre les gardes particuliers et d'autres acteurs de la sécurité. Mais, si dans un environnement rural, les gardes peuvent entretenir des liens privilégiés, notamment avec la

Droit de la sécurité privée

gendarmerie, est-ce aisément transposable avec d'autres interlocuteurs ? L'analogie avec les activités privées de sécurité tend à montrer que dans les zones péri-urbaines et les zones urbaines, les partenariats manquent souvent de substance.

Dans un contexte confus, l'élargissement du champ d'action des gardes particuliers impliquerait de satisfaire à trois conditions préalables.

La première concerne une doctrine d'emploi claire. Il ne servira à rien d'y recourir sans avoir défini nationalement et localement les objectifs poursuivis et les domaines concernés. À ce titre, une extension sans borne favorisée par le flou du Code procédure pénale pourrait dévaloriser la formule. Expérimentée à Grenoble et au CEA, elle a été abandonnée, ce qui témoigne de ses limites. De cette définition dépendront en grande partie les évolutions statutaires. La formation, encore trop limitée au regard des nouvelles missions, et les contrôles (absents au-delà de la chasse) exercés devront impérativement être approfondis et adaptés, sauf à considérer que les gardes particuliers deviennent des agents privés de sécurité, ce qui réglerait la question.

La suivante oblige à penser différemment les prérogatives de police judiciaire, en fonction de l'évolution engagée ou à venir des missions. Historiquement et juridiquement attachée aux immeubles, la faculté de verbaliser ne devra-t-elle pas être adaptée à de nouvelles infractions ? L'interdiction jurisprudentielle d'une délégation des pouvoirs de police imposée avec fermeté aux entreprises de sécurité privée est beaucoup moins fermement appréhendée dans le cas des gardes particuliers. Cette situation surprend l'observateur alors que l'arrêt Ville de Castelnaudary (CE ass. 7 juin 1932) portait

Droit de la sécurité privée

précisément sur les gardes particuliers. Ce paradoxe ne retenait peut-être pas l'attention tant que les gardes particuliers agissaient dans des domaines bien délimités. À partir du moment où leurs missions évoluent, les questions juridiques s'invitent dans le débat.

Enfin, la dernière exigence renvoie à la connaissance que ceux qui travaillent au service de la sécurité doivent avoir les uns des autres.

Comment se perçoivent les gardes particuliers qui interviennent dans de nouveaux domaines et comment sont-ils perçus par les autres ?

La probabilité est grande que la méconnaissance prévale aussi bien entre gardes particuliers et agents privés de sécurité qu'entre gardes particuliers et membres des forces publiques, surtout la police nationale et les polices municipales.

Face à de tels enjeux, le droit n'est pas toujours suffisant. L'État peut imposer, mais le droit n'est pas toujours suffisant pour obliger les personnes concernées à œuvrer ensemble. Par comparaison, la sécurité privée peine encore à convaincre de sa fiabilité et de son utilité plus de trente ans après la loi n° 83-659 du 12 juillet 1983. Combien de temps faudra-t-il pour que les gardes particuliers convainquent ?

La France démontre une fois de plus son goût pour un subtil raffinement des constructions juridiques, synonyme, à la vérité, d'une complexité excessive. La diversité des solutions à la disposition des donneurs d'ordre entre gardes particuliers d'un côté, et sécurité privée de l'autre, peut être une richesse. Encore convient-il de le démontrer. En milieu rural, cela ne fait guère de doute. Est-il, cependant, raisonnable d'aller au-delà, sans

Droit de la sécurité privée

introduire une confusion préjudiciable, y compris aux gardes particuliers eux-mêmes ?

Directeur de publication : Lieutenant-Colonel Jean-Marc JAFFRE
Rédacteur en chef : G^{al} d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD
Rédacteurs : G^{al} d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD
Frédéric DEBOVE
Ludovic GUINAMANT
Claudia GHICA-LEMARCHAND
Xavier LATOUR
Equipe éditoriale : Odile NETZER