La veille juridique

N°72, novembre 2018

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

Edito

À l'heure où cette veille juridique est publiée, on ne peut passer sous silence les graves désordres à l'ordre public que la France connaît et qui, quelles que soient les motivations de leurs auteurs, donnent lieu à des infractions particulièrement graves. Ce qui s'est passé à l'Arc de Triomphe et dans sa périphérie ne relève pas du droit de manifester, ni d'exprimer ses opinions : c'est de la barbarie pure et simple, la vie de personnes ayant été mise directement en danger ! Le saccage du monument où repose le Soldat inconnu, un siècle après la Victoire, est monstrueux et ne peut bénéficier d'aucun soutien. Mardi 4 décembre 2018, lors d'un ravivage de la Flamme, j'ai noté la présence de nombreux militaires de la gendarmerie, de l'active ou de la réserve, d'Amis de la

(Suite page 2)

EDITORIAL

gendarmerie. La France peut compter sur une institution qui en a connu d'autres, mais qui souffre devant une charge de travail qui pourrait être plus utilement tournée vers la lutte contre le terrorisme et la criminalité (à vrai dire, on n'est pas loin d'une forme de terrorisme lorsqu'on commet des infractions pour créer un trouble majeur par l'intimidation ou la violence).

Ces événements soulignent les difficultés auxquelles sont confrontées nos forces mobiles, harcelées en permanence, victimes de jets de projectiles. Le nombre de blessés dans leurs rangs atteste de la violence exercée contre les représentants de la loi.

Que reste-t-il de la loi, lorsqu'une multitude croit régler ses problèmes en saccageant ? Un cap est franchi. Rien ne sera plus comme avant. Une réflexion devra s'ouvrir sur l'adaptation de notre corpus juridique, sur les moyens et les modes d'action des forces de sécurité intérieure. La question de l'influence des réseaux sociaux est au cœur de l'actualité. Ils déversent tant de haine, tant d'appels à la remise en cause de la démocratie !

Un prochain règlement européen devrait porter sur les contenus à caractère terroriste. Il faudra aller plus loin avec cependant des garanties pour la liberté d'expression. Tout ce que nous vous présentons, commentons, expliquons dans cette veille juridique est important, mais semble quelque peu périphérique par rapport à la question centrale : existe-t-il encore une volonté de vivre ensemble qui forge toute nation, un respect de l'autre, en sa personne et ses biens, sans lequel « l'homme est un loup pour l'homme » ?

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

Sommaire

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

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric Debove

Souffler n'est pas jouer !

Les indicateurs sont à la police ce que le sexe est à l'amour : une valeur montante ! Des « mouches » lancées dans le Paris de Louis XIV aux informateurs appointés par la police en passant par la collaboration effrénée avec les forces occupantes sous le régime de Vichy, la dénonciation semble relever d'un sport national (en ce sens, Ch. Cornevin, *Les indics*, éd. Flammarion, 2011). Souvent marqué du sceau de l'infamie, ce sport réclame une bonne dose de déontologie professionnelle, car l'histoire du policier ou du gendarme et de son « indic » est celle d'un couple sulfureux et d'épousailles *a priori* contre nature. « Tontons », « mouchards », « donneurs », « repentis », « cafeteurs », « moutons », « balances » sont, dit-on, les yeux et les oreilles des forces de l'ordre ; mais quand on dîne avec celui (ou celle) qui ressemble parfois au diable, il vaut mieux manger avec une longue cuillère comme en témoigne encore l'épilogue récent de l'affaire Neyret (dans un arrêt en date du 12 juin 2018, la chambre des appels correctionnels de la Cour d'appel de Paris a en effet condamné à de l'emprisonnement ferme l'ex-commissaire divisionnaire Michel Neyret après l'avoir reconnu coupable de corruption et d'association de malfaiteurs en considération de ses pratiques douteuses avec certains membres du milieu lyonnais présentés comme des « indics »). Garder ses distances et rester prudent, tel est l'enseignement de l'article R. 434-22 du Code de la sécurité intérieure : « *A l'occasion de la recherche des renseignements nécessaires à ses missions, le policier ou le gendarme peut avoir recours à des informateurs. Dans ce*

cas, il est tenu d'appliquer les règles d'exécution du service définies en la matière pour chacune des deux forces ».

Hommage forcé de la vertu au vice, le traitement des informateurs est une pratique répandue, et souvent très ancienne, même si son existence était jusqu'à une période récente quasi clandestine au sein de la gendarmerie nationale. Aujourd'hui, la police nationale comme la gendarmerie nationale (via respectivement le bureau central des sources et la section centrale des sources) recourent aux informateurs qui se parent rarement d'un plumage blanc, comme la plupart des corbeaux. Pour recueillir les confidences de cette armée des ombres sans jamais perdre leurs vertus, le policier et le gendarme disposent d'un guide de bonnes pratiques dans le domaine des sources humaines de renseignement. Véritable rempart contre la contagion du mal et les procédés inavouables (flic et voyou, il faut choisir !), ce précieux guide du renseignement républicain s'efforce de border la miraculeuse pêche aux informations en considération d'un strict protocole fondé sur plusieurs critères : opportunité du recrutement de l'informateur, impossibilité de recruter un informateur potentiellement à risque pour l'institution comme le complice ou le coauteur de l'infraction, détermination des fréquences et des modalités des contacts avec les agents traitants (en privilégiant des rencontres dans des lieux neutres ouverts et publics), indexation de la rémunération en fonction de la pertinence de l'information transmise, immatriculation et confidentialité des sources, etc.

Dans son roman *Mortels trafics* couronné du prix 2017 du Quai des orfèvres, l'ancien policier et écrivain Pierre Pouchairet nous invite à suivre deux brigades de policiers, l'une à Paris et l'autre en provenance de Nice, sur la trace de dangereux trafiquants de drogue, prêts à tout pour pouvoir faire passer leur came en

fraude au moyen d'un « go fast ». En même temps qu'elle mobilise les brigades des Stups et la Crim', la violence des trafics ne connaît pas de frontières. Par-delà l'Hexagone, d'autres enquêtes révèlent des pratiques policières sensibles autant pour la vie et l'intégrité corporelle des enquêteurs que pour l'équité du procès et les droits de la défense. **L'arrêt *Guerni contre Belgique* (req. n° 19291/07) rendu le 23 octobre 2018 par la Cour européenne des droits de l'Homme** nous en fournit une remarquable illustration.

Après UberCab, voici venu le temps d'UberCame !

En septembre 1997, le procureur du Roi de Bruges autorisait la police belge à surveiller et à mettre sous écoute téléphonique deux individus, M. et D.B., soupçonnés de trafic de stupéfiants. Sur décision judiciaire, les enquêteurs étaient également habilités à recourir à un agent infiltré pseudo-acheteur. Les écoutes téléphoniques révélaient que le requérant (Abdalwahab Guerni) finalisait le transport d'un grand volume de drogues du Maroc vers la Belgique. Le transport devait se faire par camion dans lequel la drogue était appelée à être dissimulée derrière de banales marchandises. Ayant besoin d'un transporteur, le requérant faisait alors appel à M., puis à D.B. Ce dernier se tournait vers Ron, un informateur de la police, qui le mettait en contact avec Dominique, l'agent infiltré. Ces derniers déclaraient avoir une entreprise de transport et pouvoir mettre à la disposition du requérant un camion et un conducteur. En février 1998, le transport s'effectuait sous le contrôle discret des autorités marocaines et belges. Conduit par un autre agent sous couverture, le camion

récupérait les marchandises et les drogues au Maroc et les transportait vers la Belgique. Le 5 mars 1998, au moment où Dominique était rémunéré pour sa collaboration et où les drogues étaient livrées au requérant, les trois personnes impliquées (le requérant, M., et D.B.) étaient interpellées.
À l'issue de l'information judiciaire, les trois protagonistes étaient renvoyés devant le tribunal de première instance de Bruges qui les condamnait chacun à quatre ans d'emprisonnement et à une peine d'amende. Sur appel des prévenus, la Cour de Gand confirmait la culpabilité des prévenus tout en réduisant les peines prononcées à leur égard. Cette décision devenait définitive le 31 octobre 2006, à la suite du rejet du pourvoi en cassation formé par les prévenus. Au motif selon lequel son droit à un procès équitable aurait été violé, Abdalwahab Guerni saisissait ensuite la Cour européenne des droits de l'Homme. Sa requête s'articulait principalement autour de deux griefs : le premier se rapportait à l'insuffisant encadrement juridique des techniques particulières d'enquête ; le second, au refus des juridictions répressives d'interroger l'informateur et l'agent infiltré ayant participé à l'opération de police le concernant.

La loi est d'or, mais la circulaire est d'argent

S'agissant du premier grief, le requérant se plaignait plus précisément du fait que les méthodes d'infiltration utilisées dans le cadre des poursuites menées à son encontre n'étaient pas au moment des faits organisées par la loi. Les opérations d'infiltration se fondaient à l'époque sur une circulaire ministérielle non publiée qui ne comportait que des recommandations

dépourvues *a priori* de valeur obligatoire ou normative en droit belge. Le requérant alléguait, en outre, que ces pratiques d'infiltration échappaient au moment de leur mise en œuvre à tout contrôle judiciaire, ce qui caractérisait une violation manifeste du droit à un procès équitable (art. 6 §1 CEDH). En réponse à cette première allégation de manquement à la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg prend soin de rappeler sa jurisprudence traditionnelle au terme de laquelle tout examen d'un grief tiré de l'article 6 §1 réclame de déterminer si la procédure pénale a globalement revêtu un caractère équitable (V. en ce sens CEDH, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, 13 septembre 2016). Quand une procédure est examinée dans son ensemble de manière à mesurer les conséquences de lacunes procédurales survenues au stade de l'enquête sur l'équité globale du procès pénal, l'un des facteurs à prendre en compte est le dispositif légal encadrant la procédure antérieure à la phase de jugement et l'admissibilité des preuves au cours de cette phase, ainsi que le respect ou non de ce dispositif. Pour être compatible avec le principe de la primauté du droit, toute mesure ordonnée par une autorité policière ou judiciaire au cours de l'instruction doit de manière générale être fondée sur une base légale suffisante. Toutefois, "*la Convention n'exige pas que les mesures de recherche policière ou judiciaire soient réglées en détail par une loi ou une autre disposition normative*". En d'autres termes, le simple fait que les techniques d'infiltration n'étaient à l'époque pas réglementées par une loi au sens formel, ne caractérise pas *per se* une violation du droit au procès équitable. En considération de la liberté des Etats membres dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs du procès équitable, le contrôle de la Cour se limite à vérifier que les moyens mis en oeuvre ont

conduit, dans un litige déterminé, à des résultats compatibles avec les exigences européennes.

Infiltration policière *versus* droit au procès équitable

Faisant ensuite application de ces principes généraux au cas de l'espèce, la Cour de Strasbourg relève qu'à l'époque des faits litigieux, les techniques d'infiltration étaient encadrées par une circulaire ministérielle (en date du 24 avril 1990) : autorisé par le ministère public, le recours à de telles pratiques était, dans sa mise en œuvre, placé sous le double regard du Parquet et du juge d'instruction. Partant, si l'opération d'infiltration du requérant a certes été autorisée par le seul ministère public, son déroulement a été effectivement placé sous le contrôle d'un juge du siège (en l'occurrence le juge d'instruction), garantie à laquelle les juges européens accordent une grande importance. En outre, la Cour observe qu'à l'occasion du procès devant les juridictions répressives nationales, le requérant a eu l'opportunité de contester la régularité du recours à la méthode de l'infiltration en invoquant singulièrement la provocation policière comme moyen de défense. Selon l'appréciation de la Cour, les juridictions belges ont procédé à un examen minutieux et circonstancié de l'impact de l'intervention de l'informateur et de l'agent infiltré sur la régularité et l'admissibilité des preuves. À l'issue de cet examen, les autorités judiciaires ont conclu que l'absence de provocation pouvait être déduite d'éléments du dossier dont la fiabilité ne pouvait être mise en doute. Outre les déclarations du requérant, les juridictions pénales belges ont en

effet fondé leur condamnation sur les déclarations concordantes faites par d'autres prévenus et par des témoins extérieurs aux services de police. Corroborés par des procès-verbaux d'écoutes téléphoniques, tous ces éléments de preuve ont pu établir avec certitude que l'intention d'importer des stupéfiants préexistait à l'entrée en jeu de l'informateur et de l'agent infiltré. De surcroît, ni l'informateur, ni l'agent infiltré n'ont exercé de pressions indues allant au-delà de la création de la possibilité matérielle d'organiser le transport des stupéfiants, lequel aurait d'ailleurs pu être effectué sans l'intervention des services de police. De ce qui précède, il résulte que l'opération d'infiltration à laquelle les enquêteurs belges ont eu recours n'a pas constitué une provocation déloyale portant atteinte à l'équité du procès, et cela d'autant plus que la condamnation du requérant ne s'est pas fondée exclusivement – tant s'en faut – sur les déclarations de l'informateur et les rapports établis par l'agent infiltré (V. déjà en ce sens, CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal* ; CEDH, 23 octobre 2014, *De Furcht c/ Allemagne* ; CEDH, 20 février 2018, *Ramanauskas c/ Lituanie* ; CEDH, 15 mai 2018, *Virgil Dan Vasile c/ Roumanie*).

Desperately Seeking X.

De la même manière que Roberta, jeune bourgeoise un peu coincée du New Jersey, avait décidé d'enquêter pour savoir qui se cachait derrière cette énigmatique Susan recherchée désespérément dans des petites annonces (*Desperately Seeking Susan* de Susan Seidelman, 1985), le requérant souhaitait en savoir davantage sur l'agent infiltré et sur l'informateur dont les

déclarations avaient étayé sa condamnation. Pour le requérant, l'interrogatoire de ces individus était l'unique moyen de contrôler leur fiabilité et de déterminer s'il y avait eu ou non provocation policière. Le refus des autorités nationales d'interroger ou de faire interroger l'informateur et l'agent infiltré aurait donc caractérisé une violation de son droit à un procès équitable. En réponse à ce grief, la Cour de Strasbourg rappelle qu'un refus opposé à l'audition d'un témoin ne suffit pas à caractériser une violation de l'article 6 §3 de la Convention, car le caractère équitable de la procédure doit s'apprécier dans son ensemble, et donc plus globalement. Pour constituer un manquement à la Convention, l'audition refusée doit apparaître comme nécessaire à la recherche de la vérité et causer un préjudice aux droits de la défense. Dès lors que la preuve de la culpabilité peut s'appuyer sur des éléments objectifs et concrets sans lien direct avec les témoignages de l'informateur et de l'agent infiltré, ces derniers deviennent en quelques sorte superflus, ou à tous le moins, leur importance devient secondaire sous l'angle de la preuve. En pareilles circonstances, l'équité globale de la procédure ne se trouve nullement altérée par le refus opposé par les juridictions belges d'interroger l'informateur et l'agent infiltré.

Quand la parabole de l'ivraie s'invite au royaume des justiciables de Strasbourg

Au final, deux enseignements majeurs peuvent être tirés de l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire *Guerni contre Belgique*.

En premier lieu, l'intervention d'agents infiltrés doit être

circonscrite et entourée de garanties, même lorsqu'est en cause la répression du trafic de stupéfiants. En effet, si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, il n'en demeure pas moins que, dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. Les exigences générales d'équité consacrées à l'article 6 CEDH s'appliquent aux procédures concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe. L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière, car la tâche de la police est de prévenir et d'enquêter sur des infractions pénales et non de les inciter.

En second lieu, la Cour de Strasbourg distingue les pratiques policières acceptables de celles qui sont condamnables au titre de l'article 6§1 CEDH. Pour séparer le bon grain (la provocation légitime) de l'ivraie (l'incitation coupable), les juges européens attachent une importance à plusieurs critères : les raisons qui sous-tendent l'opération de police litigieuse, l'intensité des pressions policières et leur supervision, l'existence ou non de raisons objectives de soupçonner que le requérant était impliqué dans des activités délictueuses ou prédisposé à les commettre. Ce faisant, la parabole de l'ivraie s'incite au royaume des justiciables de Strasbourg. Dans le chapitre 13 de l'Evangile selon Matthieu (13.24-30), les bons et les méchants sont en effet condamnés à vivre ensemble, mais au moment du jugement dernier, le Fils de l'homme (Jésus lui-même) enverra ses anges qui élimineront tous les méchants pour les jeter dans la fournaise ardente alors que les justes iront dans le Royaume des cieux : à la provocation légitime, le paradis ; à l'incitation coupable, sinon l'enfer, du moins le purgatoire !

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

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

Cour de justice de l'Union européenne, 18 octobre 2018, (C-149/17) Bastei Lübbe GmbH & Co. KG/Michael Strotzer

Le détenteur d'une connexion à Internet, par laquelle des atteintes aux droits d'auteur ont été commises au moyen d'un partage de fichiers, ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en désignant sans précision un membre de sa famille qui aurait la possibilité d'accéder à cette connexion.

Devant le Landgericht München I (tribunal régional de Munich I), la maison d'édition allemande Bastei Lübbe réclame à M. Michael Strotzer une indemnisation pour avoir, au moyen de sa connexion à Internet, partagé avec un nombre illimité d'utilisateurs d'une bourse d'échanges sur Internet (peer-to-peer), un livre audio sur lequel elle détient les droits d'auteur et droits voisins.
M. Strotzer conteste avoir porté lui-même atteinte aux droits d'auteur. Il fait valoir à l'appui que ses parents, qui vivent sous le même toit que lui, avaient également accès à cette connexion, sans préciser quand ils auraient utilisé cette connexion et la nature de cette utilisation. Selon le Landgericht München I, il ressort de la jurisprudence du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) que, eu égard au droit fondamental à la protection de la vie familiale, une telle défense suffit en droit allemand pour exclure la responsabilité du détenteur de la

connexion à Internet.

Deux questions préjudicielles sont posées par la juridiction à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) :

- 1) Faut-il interpréter les dispositions combinées de l'article 8, paragraphes 1 et 2, et de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE[1] en ce sens que les sanctions contre les atteintes au droit de mise à disposition du public d'une œuvre restent toujours « efficaces et dissuasives » lorsque le titulaire d'une connexion à l'Internet par laquelle des atteintes au droit d'auteur ont été commises par un partage de fichiers ne verra pas sa responsabilité engagée quand il désigne à tout le moins un membre de la famille qui avait comme lui la possibilité d'accéder à cette connexion à l'Internet, sans donner davantage de précisions tirées de recherches faites sur le moment et la nature de l'utilisation de l'Internet par ce membre de la famille ?

- 2) Faut-il interpréter l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE[2] (2) en ce sens que les mesures pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle restent toujours « effectives » lorsque le titulaire d'une connexion à l'Internet par laquelle des atteintes au droit d'auteur ont été commises par un partage de fichiers ne verra pas sa responsabilité engagée quand il désigne à tout le moins un membre de la famille qui avait comme lui la possibilité d'accéder à cette connexion à l'Internet,

1. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.
2. Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, relative au respect des droits de la propriété intellectuelle.

sans donner davantage de précisions tirées de recherches faites sur le moment et la nature de l'utilisation de l'Internet par ce membre de la famille ?

Selon la Cour, il convient de trouver un juste équilibre entre différents droits fondamentaux : le droit à un recours effectif et le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et le droit au respect de la vie privée et familiale, d'autre part.
Un tel équilibre fait défaut lorsqu'il est accordé une protection quasi absolue aux membres de la famille du titulaire d'une connexion à Internet, par laquelle des atteintes aux droits d'auteur ont été commises au moyen d'un partage de fichiers. Si la juridiction nationale saisie d'une action en responsabilité ne peut pas exiger, sur requête du demandeur, des preuves relatives aux membres de la famille de la partie adverse, cela revient à rendre impossible l'établissement de l'atteinte aux droits d'auteur alléguée, ainsi que l'identification de l'auteur de cette atteinte, et, par voie de conséquence, aboutirait à porter une atteinte caractérisée au droit fondamental à un recours effectif et au droit fondamental de propriété intellectuelle, dont bénéficie le titulaire des droits d'auteur.

Par son arrêt, la Cour répond donc que le droit de l'Union s'oppose à une législation nationale qui disposerait que le détenteur d'une connexion à Internet, par laquelle des atteintes aux droits d'auteur ont été commises au moyen d'un partage de fichiers, ne peut voir sa responsabilité engagée dès lors qu'il désigne un membre de sa famille, qui avait la possibilité d'accéder à cette connexion, sans donner davantage de précisions quant au moment où ladite connexion a été utilisée par le membre de sa famille et à la nature de cette utilisation.

Cour de cassation, Première chambre civile (n° 17-16.852), arrêt n° 961 du 17 octobre 2018, M.X/ Préfet de l'Hérault

Le juge doit vérifier que l'agent qui consulte le fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) et le fichier Visabio est spécialement habilité.

Par ordonnance du 18 avril 2017, le premier président de la Cour d'appel de Montpellier a confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant ordonné la prolongation de la rétention administrative pour une durée de 28 jours d'un étranger qui contestait la régularité de la décision au regard de l'habilitation du fonctionnaire de police ayant consulté les fichiers biométriques Faed et Visabio permettant l'identification d'une personne de nationalité étrangère placée en rétention. Pour écarter ce motif, le président a retenu que leur consultation aurait, en l'espèce, « nécessairement été effectuée par des personnes habilitées ».
La Cour de cassation casse cette ordonnance en considérant que pour écarter ce moyen, le premier président de la Cour d'appel a retenu que les fichiers biométriques ne pouvant être consultés que par des agents expressément habilités disposant d'un code qui leur est propre ; qu'en statuant ainsi par voie de présomption, cependant qu'il lui appartenait de vérifier si les personnes ayant procédé à cette consultation étaient effectivement habilitées à le faire, le premier président a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 611- 4 et R. 611-12 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) ainsi que des articles 8 et 8-1 du décret du 8 avril 1987

modifié le 28 décembre 2015.

Tribunal de grande instance de Rennes, 2ème chambre civile, 1er octobre 2018, Ariase Group / GV Communication, M. X. et Picard Déménagement

Un nom de domaine ne peut être protégé sur le fondement de l'action en concurrence déloyale s'il est constitué de termes génériques ou descriptifs qui appartiennent au domaine public.

Le 9 avril 2009, la Sarl Daily Call a déposé à l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI) la marque « Les Artisans Déménageurs ». Elle exploite un site dont l'adresse URL est www.lesartisansdemenageurs.com. Son activité consiste à mettre en relation des internautes avec les sociétés de déménagement appartenant à son réseau.
La Sarl GV Communication a, de son côté, créé en 2010 un site Internet spécialisé dans l'organisation de déménagements sous l'URL www.artisans-demenageurs.com.
Daily Call considère que cette démarche constitue des faits de contrefaçon de la marque « Les Artisans Déménageurs ». La société invoque un risque de confusion que créent les mentions « Artisans Déménageurs » sur les pages du site ainsi que l'utilisation de l'adresse www.artisans-demenageurs.com alors qu'elle-même utilise www.lesartisansdemenageurs.fr. Elle dénonce un détournement d'une partie des internautes résultant des erreurs dans la saisie du nom de l'adresse et d'un

référencement avantageux par le moteur de recherche.
Pour le tribunal, « *les activités sont bien les mêmes, tout du moins en partie, mais les sites réellement différents, et l'absence totale de distinctivité des termes utilisés pour les noms de domaine ainsi que les différences d'apparence, excluent qu'il puisse y avoir le moindre risque de confusion* ». Les termes d'artisan déménageur ne sont que l'appellation du corps de métier dont relèvent les activités. Si le nom de domaine n'est constitué que d'un terme générique ou descriptif, son utilisateur ne peut faire grief à un tiers d'avoir commis une faute en utilisant le même terme afin de désigner des produits, services ou activités identiques ou similaires. Les termes nécessaires ou utiles à la désignation ou à la description des produits, services ou activités proposés, appartiennent au domaine public et doivent rester à la disposition de tous, si bien que nul ne peut être considéré comme fautif de les avoir utilisés.

L'Appel de Paris du 12 novembre 2018 pour la confiance et la sécurité dans le cyberespace

À l'occasion du Forum de Gouvernance de l'Internet qui s'est tenu du 12 au 14 novembre 2018, à l'UNESCO, le Président de la République a lancé l'Appel de Paris. Cet Appel est soutenu par 56 États, 70 entreprises du *Cybersecurity Tech Accord* (initiative Microsoft), 16 entreprises de la *Charter of Trust* (initiative Siemens), 186 entreprises de l'écosystème numérique et 107 organisations (dont le Forum international sur la cybersécurité – FIC – et le Centre Expert de lutte contre la cybercriminalité français – CECyF – auxquels le CREOGN est partie prenante).
Cet Appel vient apporter une réponse aux problèmes de

gouvernance du cyberespace, aujourd'hui non résolus :

- la gouvernance « technique » montre ses limites : les vifs débats autour de la réforme de l'ICANN (association de droit californien en charge de la gestion des noms de domaine) ont conduit à sa réforme, le 1er octobre 2016 ;

- la gouvernance par l'ONU a connu deux échecs : la conférence (UIT) de Dubaï (2012) et le Groupe d'experts gouvernementaux (GGE-2017) ont révélé la coupure du monde entre les partisans de la gouvernance « de » l'Internet et de la gouvernance « sur » Internet ;

- la gouvernance économique par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) n'apporte qu'une réponse partielle, même si le *Global Forum on Digital Security* (13 et 14 décembre 2018) semble relancer le dialogue ;

- les initiatives privées ne peuvent aboutir sans les États (projet de « Convention de Genève » initié par Microsoft, Charte commune proposée par Siemens, ou *Global Commission on Cybersecrurity of Cyberespace* par un think tank américano-hollandais).

L'Appel de Paris a le mérite d'offrir une synthèse. Mais il n'est pas soutenu par les États-Unis, la Russie et la Chine, sans doute les premiers concernés…

Appel de Paris

« Le cyberespace joue désormais un rôle capital dans tous les aspects de notre vie ; il relève de la responsabilité d'un grand nombre d'acteurs, chacun dans son domaine propre, de le rendre plus fiable, plus sûr et plus stable. Nous réaffirmons notre soutien à un cyberespace ouvert, sûr, stable, accessible et pacifique, devenu partie intégrante de la vie sous tous ses aspects sociaux, économiques, culturels et politiques. Nous réaffirmons également que le droit international, dont la Charte des Nations Unies dans son intégralité, le droit international humanitaire et le droit international coutumier, s'applique à l'usage des technologies de l'information et de la communication (TIC) par les États. Nous réaffirmons que les droits dont les personnes jouissent hors ligne doivent également être protégés en ligne et que le droit international des droits de l'Homme s'applique au cyberespace. Nous réaffirmons que le droit international constitue, avec les normes volontaires de comportement responsable des États en temps de paix et les mesures de développement de la confiance et de renforcement des capacités élaborées dans le cadre des Nations Unies, le fondement de la paix et de la sécurité internationales dans le cyberespace. Nous condamnons les cyberactivités malveillantes en temps de paix, notamment celles qui menacent des individus et des infrastructures critiques ou qui ont pour effet de leur causer des dommages importants, sans discernement ou systémiques, et nous accueillons avec satisfaction les appels invitant à améliorer leur protection.
Nous nous félicitons également des efforts déployés par des États et des acteurs non étatiques pour venir en aide de manière impartiale et indépendante aux victimes de l'usage malveillant des TIC, que celui-ci intervienne en période de conflit armé ou non. Nous

reconnaissons que la menace constituée par la cybercriminalité impose de redoubler d'efforts afin d'améliorer la sécurité des produits que nous utilisons, de renforcer nos défenses face aux criminels et de favoriser la coopération entre toutes les parties prenantes, tant à l'intérieur de nos frontières nationales qu'au-delà de celles-ci, et que la Convention de Budapest sur la cybercriminalité est à cet égard un outil essentiel. Nous reconnaissons les responsabilités des principaux acteurs du secteur privé pour développer la confiance, la sécurité et la stabilité dans le cyberespace et nous encourageons les initiatives qui visent à accroître la sécurité des processus, produits et services numériques. Nous nous félicitons de la collaboration entre les pouvoirs publics, le secteur privé et la société civile en vue d'élaborer de nouvelles normes de cybersécurité permettant aux infrastructures et aux organisations d'améliorer leurs systèmes de cyberprotection. Nous reconnaissons que tous les acteurs peuvent apporter leur soutien à un cyberespace pacifique en encourageant la divulgation responsable et coordonnée des vulnérabilités. Nous soulignons la nécessité de développer une vaste coopération dans le domaine du numérique et les efforts de renforcement des capacités de tous les acteurs, et nous encourageons les initiatives qui permettent d'accroître la résilience et les compétences des utilisateurs. Nous reconnaissons la nécessité d'une approche multi-acteurs renforcée et d'efforts supplémentaires afin de réduire les risques qui pèsent sur la stabilité du cyberespace et d'établir davantage de fiabilité, de capacité et de confiance. À cet effet, nous nous déclarons résolus à agir de concert, au sein des instances existantes et par le biais des organisations, institutions, mécanismes et processus appropriés, pour nous venir mutuellement en aide et mettre en place des actions en coopération afin, notamment :

- d'empêcher les cyberactivités malveillantes qui menacent des

individus et des infrastructures critiques ou qui leur causent des dommages importants, sans discernement ou systémiques, et d'y remédier ; - d'empêcher les activités qui portent atteinte intentionnellement et dans une large mesure à la disponibilité ou à l'intégrité du cœur public de l'internet ; - de développer notre capacité de prévenir les interférences de la part d'acteurs étrangers destinées à déstabiliser des processus électoraux au moyen de cyberactivités malveillantes ; - d'empêcher le vol de propriété intellectuelle à l'aide des TIC, notamment des secrets industriels ou autres informations commerciales confidentielles, dans l'intention de procurer des avantages concurrentiels à des entreprises ou à un secteur commercial ; - d'élaborer des moyens d'empêcher la prolifération d'outils malveillants et de pratiques informatiques destinés à nuire ; - d'accroître la sécurité des processus, produits et services numériques tout au long de leur cycle de vie et d'un bout à l'autre de la chaîne d'approvisionnement ; - de soutenir les actions visant à développer une hygiène informatique avancée pour tous les acteurs ; - de prendre des mesures pour empêcher les acteurs non étatiques, y compris le secteur privé, de mener des actions cyber offensives en réponse à une attaque dont ils seraient victimes, pour leur propre compte ou pour celui d'autres acteurs non étatiques ; - de favoriser une large acceptation et la mise en œuvre de normes internationales de comportement responsable ainsi que de mesures de développement de la confiance dans le cyberespace. En vue d'assurer le suivi des progrès accomplis sur ces sujets dans le cadre des instances et mécanismes appropriés, nous convenons de nous réunir de nouveau en 2019 lors du Forum de Paris sur la paix et du Forum sur la gouvernance de l'Internet à Berlin. »

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

PÉRIODE DE SÛRETÉ

Conseil Constitutionnel, 26 octobre 2018, n° 2018-742 QPC

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'application automatique de la période de sûreté prévue par l'article 132-23 du Code pénal. Remodelé par la loi du 12 décembre 2005, le texte prévoit « En cas de condamnation à une peine privative de liberté, non assortie du sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans, prononcée pour les infractions spécialement prévues par la loi, le condamné ne peut bénéficier, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi -liberté et la libération conditionnelle. La durée de la période de sûreté est de la moitié de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, de dix-huit ans. La Cour d'assises ou le tribunal peut toutefois, par décision spéciale, soit porter ces durées jusqu'aux deux tiers de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans, soit décider de réduire ces durées ». La question prioritaire de constitutionnalité conteste l'application automatique de la période de sûreté pour les peines privatives de liberté supérieures à dix ans ou pour certaines infractions expressément désignées, en ce qu'elles portent atteinte aux principes de nécessité et d'individualisation des peines et vise plus particulièrement le premier alinéa.

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dispose « La loi ne doit établir que des peines strictement

et évidemment nécessaires… ». D'une part, le principe de nécessité des peines signifie que le législateur, et le législateur seul, apprécie l'adéquation entre les comportements interdits, les infractions, et les sanctions pénales déclenchées en cas de violation de la loi. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a déjà affirmé que son rôle est limité au fait « de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ». D'autre part, le même article 8 assure le principe d'individualisation des peines qui impose que le juge prononce chaque peine en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. L'articulation des deux principes est délicate mais elle ne doit pas paralyser le législateur et constituer un obstacle à « la répression effective des infractions ».

Le dispositif mis en place par le Code pénal permet de déclencher une période de sûreté sans que le juge la prononce expressément, elle est soumise à la simple réunion des conditions légales. Son caractère automatique est incontestable, mais le Conseil constitutionnel décide d'examiner la nature de l'institution qui lui est soumise et retient trois arguments qui lui permettent de rejeter la critique formulée à l'endroit de l'article 132-23 du Code pénal.

D'une part, la période de sûreté ne constitue par une peine, ni un supplément de peine, mais une mesure d'exécution de la peine, qui est prononcée par le juge. En effet, le principe d'individualisation de la peine est respecté puisque le juge prononce expressément la peine dont le *quantum* entraîne l'application automatique de la période de sûreté. Si le juge ne prononce pas expressément la période de sûreté, la prévisibilité de cet effet dans la peine prononcée par le juge l'englobe dans sa décision.

Ce raisonnement se continue dans le deuxième argument. Le principe de la période de sûreté est contenu dans la décision de

prononcer une peine privative de liberté supérieure à dix ans, mais son calcul individualisé est contenu dans la fixation du *quantum* de la peine prononcée. Si l'alinéa 1 de l'article 132-23 contient l'articulation des principes de nécessité et de l'individualisation des peines, l'alinéa 2, dans sa première phrase, donne les règles d'application concrète. Selon la règle de droit commun et en silence du juge, la période de sûreté est de la moitié de la peine prononcée ou de dix-huit ans en cas de perpétuité. Le juge utilise ainsi son pouvoir d'individualisation pour déterminer la peine, mais la période de sûreté prend sa source dans la peine. Elle matérialise ainsi le pouvoir d'individualisation de la période de sûreté, car elle présente « un lien étroit avec la peine et l'appréciation par le juge des circonstances propres à l'espèce ». Plus qu'un « lien étroit », c'est une dépendance totale, car la période de sûreté ne peut exister sans la peine.
Enfin, l'application automatique de la période de sûreté est une expression indirecte du pouvoir d'individualisation de la peine. L'article 132-23, alinéa 2, dernière phrase, constitue une exception au droit commun contenu à la première phrase, ainsi que le montre l'emploi de l'adverbe « toutefois ». Ce dispositif permet au juge « par décision spéciale, soit porter ces durées jusqu'aux deux tiers de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans, soit décider de réduire ces durées ». A contrario, lorsque le juge ne veut pas individualiser l'exécution de la peine, il exprime son choix d'appliquer les périodes de sûreté de droit commun.
De manière générale, la peine se comprend comme un « tremblement de terre » et elle est globalement soumise au principe d'individualisation de la peine. Si le prononcé de la peine en constitue l'épicentre, il faut prendre aussi en compte les ondes de choc, plus particulièrement, les modalités d'exécution de la

peine, dans lesquelles s'inscrit la période de sûreté.
Par voie de conséquence, le Conseil constitutionnel rejette les critiques d'inconstitutionnalité portant sur l'article 132-23, n'étant contraires ni aux principes de nécessité, ni d'individualisation de la peine.

INFORMATEUR DU FISC – COLLABORATEUR OCCASIONNEL DU SERVICE PUBLIC

Tribunal administratif de Paris, 15 novembre 2018

Madame Gibaud a été salariée de la banque UBS entre 1999 et 2012, chargée d'organiser des événements et les prospects de la société. Ses relations avec sa hiérarchie se sont tendues en 2008 et elle a été licenciée pour motif économique en 2012. Dès 2008, elle a porté plainte pour harcèlement moral, entrave à sa mission de représentante du personnel, destruction et altération de preuves, complicité de démarchage financier, fraude fiscale et blanchiment d'argent en bande organisée, délit de passation d'écritures inexactes et présentation de comptes inexacts, entrave à la mission du commissaire aux comptes, non-révélation de faits délictueux. La procédure pénale pour harcèlement moral est en cours, UBS étant renvoyée devant le tribunal correctionnel. En parallèle, l'Autorité de contrôle prudentiel a été saisie de deux lettres anonymes de faits de fraude fiscale au sein de la société UBS France en 2010. Le Service national de douane judiciaire (SNDJ) a mené des investigations aboutissant au renvoi d'UBS devant le tribunal correctionnel de Paris pour complicité de démarchage bancaire illégal et complicité de blanchiment de fraude

fiscale. Madame Gibaud a demandé au SNDJ une indemnisation des préjudices qu'elle estime avoir subis en raison de sa collaboration avec eux, demande rejetée. Elle a saisi le tribunal administratif pour engager la responsabilité pénale de l'État sur le seul fondement de la responsabilité sans faute en sa qualité de collaboratrice occasionnelle du service public.
La responsabilité sans faute de l'État se fonde sur le Code de procédure pénale. L'article 28-1 donne compétence à certains agents, parmi lesquels ceux des douanes, à effectuer des enquêtes judiciaires. Plus spécialement, la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant les garanties de la procédure pénale leur permet de « rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a fourni des renseignements ayant amené directement soit la découverte de crimes ou de délits, soit l'identification des auteurs de crimes ou de délits », en application de l'article 15-1 de la loi 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Le tribunal administratif de Paris rappelle les règles de fixation de l'indemnisation (« le montant de la rétribution susceptible d'être versée au titre de l'article 15-1 de la loi du 21 janvier 1995 est fixé par le directeur général des douanes et droits indirects, sur proposition du chef de service ou de l'unité de l'agent des douanes chargé de l'enquête et habilité à effectuer des enquêtes judiciaires en application de l'article 28-1 du code de procédure pénale, d'autre part, la rétribution de l'informateur est fixée de façon discrétionnaire et ne peut faire l'objet d'aucun recours »).
Madame Gibaud a surveillé les contacts de la société et les prospects communiqués aux clients, spontanément ou à la demande du SNDJ, elle a transmis à ce service des renseignements et des fichiers relatifs aux activités de la société UBS France. Ces

informations ont permis au SNDJ de comprendre les relations entre les entités françaises et suisses de la société, ainsi que les conditions d'organisation des événements, « quand bien même ces renseignements n'auraient pas été suffisants pour être susceptibles de conférer à la requérante le statut d'informateur ». Même si Madame Gibaud a été entendue dans le cadre de l'audition libre, la transmission des documents et renseignements internes à la société, répétée et s'inscrivant dans une longue période de temps, ne permet pas de lui appliquer les règles relatives au statut de témoin. Même si elle n'est pas à l'origine de la révélation de l'infraction, son concours « en prenant part personnellement à la mission de service public assurée par ce service, doit être regardé comme ayant eu la qualité de collaborateur occasionnel du service public ». Cette qualité déclenche l'acceptation de sa demande d'indemnisation, puisqu'il y a absence de force majeure ou de faute de la victime.

Si le Tribunal administratif (TA) accorde à Madame Gibaud le statut demandé, il évalue différemment les préjudices allégués.
Pour les préjudices liés à la perte de revenus, les juges ne peuvent prendre en compte le préjudice antérieur à la collaboration avec le SNDJ. La perte de chance de retrouver un emploi ne peut être retenue dans la mesure où elle n'en a pas recherché. Par ailleurs, la moins-value de la vente de sa propriété immobilière ne peut pas être considérée comme un préjudice découlant de sa participation aux investigations.
Le préjudice lié aux frais de procédure ne concerne pas sa collaboration avec le SNDJ, mais des faits antérieurs l'opposant à son employeur.
La réparation des préjudices liés aux conséquences de l'affaire UBS se fonde sur la prise en compte des effets de la médiatisation

de cette affaire sur sa vie sociale et sur sa vie professionnelle. Les juges constatent que la requérante est à l'origine de l'exposition médiatique la concernant puisqu'elle a publié un ouvrage sur la dénonciation des faits reprochés à son ancien employeur. Étant la cause de son préjudice, elle ne peut en demander la réparation à l'État.
Le préjudice par ricochet à l'égard de son fils mineur, évalué à 110 000 €, est justifié par une facture de 180 € de trois séances de psychothérapie et une ordonnance d'homéopathie, qui est donc rejeté.
Le préjudice moral tenant aux souffrances endurées est pris en compte par le juge administratif, mais doit se limiter strictement aux conséquences de sa collaboration occasionnelle avec un service public et est évalué à 3 000 €. En revanche, son incapacité permanente partielle, évaluée par un seul certificat médical, fait état « de séquelles psychologiques causé[e]s tant par les agissements de harcèlement moral dont elle a été victime que de son licenciement et son statut de "lanceur d'alerte" ».

La décision du Tribunal administratif de Paris ne peut être comprise que si elle est mise en perspective avec le double statut juridique de Madame Gibaud. Si elle a systématiquement revendiqué le statut de lanceur d'alerte, étant d'ailleurs utilisé systématiquement comme illustration des progrès que pouvait apporter la loi du 9 décembre 2016, elle demande ici le statut de collaborateur occasionnel du service public. Pour mémoire, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a créé un statut général du lanceur d'alerte qui bénéficie d'une cause d'irresponsabilité pénale définie à l'article 122-9 du Code pénal. Néanmoins, pour en bénéficier, il doit respecter la

procédure mise en place et les critères de dénonciation des faits. De surcroît, non seulement il doit être de bonne foi, mais il ne peut tirer aucun avantage matériel des faits. Si la rémunération est exclue, contrairement aux pays anglo-saxons qui appliquent ce principe, la prise en charge des frais et l'indemnisation qui avaient été mises à la charge du Défenseur des Droits ont été censurées par le Conseil constitutionnel. Dès lors, la qualification de lanceur d'alerte est un bouclier de responsabilité, mais ne produit pas de droits ou obligations. La substitution du statut de collaborateur occasionnel du service public permet de mettre à la charge de l'État les préjudices subis par la personne ayant collaboré à l'application de la loi. Néanmoins, elle ne peut essayer de tirer profit de cette situation et aucun enrichissement personnel ne peut être accepté. La somme réclamée par Madame Gibaud était sans aucun rapport avec le préjudice subi. Mais la décision a le mérite de souligner deux enseignements.
D'une part, le lanceur d'alerte collabore au service public de manifestation de la vérité, ce qui lui assure une impunité, une irresponsabilité, mais pas une source de revenus, qu'il soit reconnu, par ailleurs, collaborateur occasionnel du service public ou non. À ce titre, il doit être noté que Madame Gibaud, dans sa demande adressée au TA de Paris, soutient que le statut de lanceur d'alerte « ne lui est pas applicable ».
D'autre part, l'appréciation des préjudices subis par les juges se révèle très délicate. Les situations de dénonciation des comportements définis par la loi du 9 décembre 2016 viennent souvent se greffer sur des relations professionnelles tendues pour des raisons diverses, qui parfois coïncident avec la réprobation des faits et d'autres fois s'en éloignent. Mais tous ces éléments nourrissent un contexte unique et il est difficile de quantifier et chiffrer une matière de ce type.

CONTRAVENTION EXCÈS DE VITESSE – PREUVE

Crim. 30 octobre 2018, n° 18-81318, publ. Bull. à venir

Une personne est citée devant le tribunal de police pour excès de vitesse. L'infraction a été relevée au moyen d'un appareil de contrôle automatique avec une vitesse enregistrée de 106 km/h, retenue à 100 km/h, alors que la vitesse était limitée à 90 km/h. Le contrevenant produit un relevé de son chronotachygraphe qui montre que sa vitesse ne dépassait pas 90 km/h à l'heure indiquée sur le procès-verbal de contravention. Le tribunal de police relaxe la personne, se fondant sur cet élément. Un pourvoi en cassation est formé, contestant la valeur du moyen de preuve fourni. La Cour de cassation rejette le pourvoi.

Le pourvoi se fondait sur les textes spéciaux du Code de la route ainsi que sur les principes généraux contenus dans le Code de procédure pénale. L'article L. 130-9 du Code de la route prévoit que la constatation de certaines infractions effectuées par ou à partir des appareils de contrôle automatique ayant fait l'objet d'une homologation fait foi jusqu'à preuve du contraire. L'article R. 413-14 du même Code prévoit les peines spécifiques en fonction de l'importance du dépassement de vitesse. Ces règles spéciales de constatation et répression des infractions routières doivent être mises en accord avec les principes généraux contenus dans le Code de procédure pénale. Dans l'édifice du droit français, les principes de la présomption d'innocence et de la liberté des preuves occupent une place éminente. Cependant, l'article 537 du Code de procédure pénale prévoit des règles spécialement applicables aux contraventions sur le plan probatoire.

Les contraventions sont prouvées par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur appui. « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux ou rapports établis par les officiers et agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints, ou les fonctionnaires ou agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire auxquels la loi a attribué le pouvoir de constater les contraventions, font foi jusqu'à preuve contraire », et cette dernière ne peut être apportée que par écrit ou par témoins.

Les contraventions sont des infractions matérielles dans le sens où la simple constatation du comportement matériel emporte caractérisation de l'infraction. La preuve de l'élément intentionnel n'est pas requise, contrairement aux crimes et délits, selon l'article 121-3, alinéa 1er, du Code pénal. Cet aménagement de la structure de l'infraction a été conçu afin de faciliter la preuve de la contravention, car la différence introduite par l'article 121-3 ne signifie pas que la contravention ne requiert pas d'élément moral dans sa structure, mais simplement que l'élément moral n'a pas besoin d'être prouvé. L'article 537 en tire les conséquences du point de vue de la procédure pénale. La preuve de la contravention est normalement faite par procès-verbaux et rapports qui sont revêtus d'une force probatoire exceptionnelle et dérogent ainsi à la liberté probatoire et à l'égalité entre les différents modes de preuve. Ce mécanisme exprime le souci d'efficacité de la répression dans une matière soumise à une difficulté de qualification juridique et de preuve. Néanmoins, ce dispositif ne peut pas équivaloir à un blanc-seing, car il ne peut être synonyme d'arbitraire et d'aléa dans la répression, raison pour laquelle il doit pouvoir être renversé et combattu. Par un parallélisme des règles, si la preuve de la contravention ne peut

être apportée que par une certaine forme d'écrit ou, à défaut, par témoins, sa contestation suit les mêmes formes – elle ne peut être faite que par écrit ou témoins. La Chambre criminelle a été saisie à plusieurs reprises de demandes de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité à l'égard de ce dispositif comme étant contraire à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 garantissant les droits de la défense et le droit au procès équitable. Même si les critiques techniques émises ne portaient pas sur le principe lui-même (Crim. 28 juin 2016, n° 16-82741, l'absence d'accès au dossier du prévenu dans l'instance contraventionnelle ; Crim. 29 novembre 2016, n° 16-83659, emploi du terme « témoins » au pluriel exigeant des témoignages multiples et concordants), la Chambre criminelle a rejeté les demandes, utilisant le même argument « la présomption de culpabilité instituée par ce texte en matière de contravention ne revêt pas de caractère irréfragable ». Elle applique ainsi les conditions constitutionnelles et conventionnelles des présomptions utilisées en droit pénal qui doivent céder devant la preuve contraire et être vraisemblables.

Cependant, les éléments admis pour renverser la présomption de culpabilité ne sont pas définis par le Code de procédure pénale, obligeant les juges à préciser la notion. Ainsi, à titre d'exemple, la Chambre criminelle a pu préciser qu'une attestation écrite ne constitue ni un écrit exigé par la liste de l'article 537, ni un témoignage, à défaut d'oralité et de serment déposé par la personne qui fait l'attestation (Crim. 26 septembre 2007, Dr. pén. 2008, comm. n° 14 (2ème espèce), obs. A. MARON). La Cour de cassation interprète restrictivement les moyens de preuve contraire, renforçant de manière indirecte la rigidité de la preuve en matière contraventionnelle, en adéquation avec sa structure infractionnelle. Plus récemment, elle a tout de même décidé que

la juridiction de proximité doit apprécier « la force probante du ticket horodateur produit, qui constituait un écrit au sens de l'article 537 du code de procédure pénale » (Crim. 13 décembre 2016, n° 15-86915, publ. à venir au Bull.). Cependant, il convient de distinguer entre la preuve contraire des contraventions faisant l'objet de ce formalisme rigoureux et la preuve d'éléments extérieurs aux PV qui reste libre (Crim. 26 sept. 2007, Dr. pén. 2008, comm. n° 14 (1ère espèce), obs. A. MARON - la juridiction de proximité relaxe le prévenu du chef d'ivresse publique constatée par procès-verbal, alors que le contrevenant déclare avoir quitté son domicile à la demande des policiers qui sont intervenus pour des faits de tapage, ce qui crée un doute sur les conditions dans lesquelles la personne a quitté son domicile - ces motifs ne sont pas contraires aux constatations du procès-verbal de contravention, mais portent sur des circonstances extérieures et la preuve contraire est libre).

Si l'arrêt du 30 octobre 2018 n'est pas un arrêt de principe, il apporte des précisions intéressantes sur les moyens permettant de contrecarrer la preuve contraventionnelle. Plus spécifiquement, le chronotachygraphe est assimilé à un écrit au sens de l'article 537 du Code de procédure pénale.

Le chronotachygraphe est un appareil électronique (depuis 2006) de contrôle des temps de conduite et de repos des conducteurs qui doit être obligatoirement installé sur les véhicules de transport de marchandises de plus de 3,5 tonnes et sur les véhicules de transport de plus de 9 places immatriculés dans les États membres de l'Union européenne. Si son objectif est le contrôle du temps de travail des conducteurs, qui est un des points les plus réglementés en Europe (travail effectif, amplitude, astreinte, dérogations, décompte, etc.), il enregistre aussi la vitesse. Pour faire fonctionner le chronotachygraphe, les conducteurs

disposent de cartes à puce personnelles délivrées par l'Imprimerie nationale (décret n° 2010-1182 du 7 octobre 2010), d'une validité de cinq ans. Si le chronotachygraphe est un système électronique embarqué à bord du véhicule, il doit nécessairement être relié à une imprimante. Le transfert de données est sécurisé et les appareils sont étalonnés et inviolables.

La Chambre criminelle accepte « le relevé de son chronotachygraphe » pour renverser la preuve de la contravention d'excès de vitesse relevé par un appareil de contrôle automatique, ce qui permet d'en tirer trois enseignements.

D'une part, le relevé de chronotachygraphe constitue un écrit au sens de l'article 537 du Code de procédure pénale. Il a une force probante propre lui permettant de renverser la présomption de culpabilité établie par l'article 537, selon l'analyse constante de la Cour de cassation.

D'autre part, la justification de ce raisonnement est intéressante. Ce n'est pas tant le relevé de chronotachygraphe qui fait preuve du comportement, mais les données du chronotachygraphe lui-même. Enregistrées sous forme électronique, elles sont matérialisées dans l'écrit du relevé. Cette solution est une nouvelle illustration de l'assimilation parfaite des preuves numériques aux preuves écrites traditionnelles.

Enfin, cette solution ne saurait être contestée dans son principe. La preuve de la contravention de l'excès de vitesse est aussi constituée par l'enregistrement effectué par des appareils de contrôle automatique transcrivant ultérieurement les données enregistrées. Le parallélisme matériel des moyens de preuve opposés est parfait. Mais plus encore, le parallélisme formel est aussi assuré. En effet, le fait de violer les règles de temps de conduite constitue des infractions prouvées au moyen du chronotachygraphe dont c'est l'objectif. Il serait maladroit de

contester sa valeur probatoire qui est sa justification. La Chambre criminelle ne pouvait qu'accepter le principe de la présentation du relevé de chronotachygraphe « permettant d'apporter la preuve contraire au procès-verbal, base des poursuites ». Néanmoins, elle précise que le juge « n'était pas saisi d'une contestation du ministère public sur la fiabilité des données y figurant relatives à la vitesse du véhicule en cause ». Si sa valeur probatoire ne peut être contestée dans son principe, son contenu par rapport aux faits de l'espèce peut être soumis à la discussion des parties. Et c'est tout l'intérêt de cet arrêt qui est bien plus subtil qu'il n'y paraît. Une fois que la preuve de la contravention est renversée par une preuve contraire, le mécanisme classique d'appréciation des preuves par le juge est mis en place. Le principe du contradictoire permet de soumettre à la discussion tous les éléments formels et matériels présentés. Le ministère public pouvait mettre en doute les données, la transcription, le bon fonctionnement du chronotachygraphe, mais il ne pouvait pas se contenter de s'opposer à son admission en tant que preuve. Sa tâche est plus difficile, mais pas impossible, car il peut, à son tour, renverser cette preuve et établir la contravention.

GARDE À VUE DES MINEURS

Conseil constitutionnel, 16 novembre 2018, QPC 2018-744

Le Conseil constitutionnel se penche sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la garde à vue des mineurs et la conformité des dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 dans leur rédaction résultant de la loi du 5 juillet 1974 et qui ne

sont plus en vigueur actuellement. La décision doit tout de même être notée, car elle s'inscrit dans l'affaire tentaculaire « Grégory » ayant donné lieu à de nombreuses décisions de justice.

La QPC, communiquée par la Cour de cassation le 11 septembre 2018, conteste en particulier les conditions dans lesquelles le juge des enfants ou le juge d'instruction enquête, lorsqu'il est saisi par le procureur de la République, aux fins d'instruire des faits criminels ou délictuels commis par un mineur. Il en résultait notamment qu'un officier de police judiciaire pouvait, dans le cadre d'une procédure d'instruction, retenir une personne à sa disposition vingt-quatre heures, délai à l'issue duquel la personne devait être conduite devant le magistrat instructeur. La garde à vue pouvait être prolongée, sur décision de ce magistrat, pour une durée de vingt-quatre heures. La personne gardée à vue bénéficiait du droit d'obtenir un examen médical en cas de prolongation de la mesure.

Le Conseil constitutionnel prononce l'inconstitutionnalité du régime de la garde à vue des mineurs dans sa version de 1974. Pour ce faire, il s'appuie conjointement sur les principes constitutionnels garantissant les droits de la défense et la présomption d'innocence, dans les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République relatifs « à l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées ».

Le Conseil constitutionnel rappelle sa critique générale formulée à l'encontre du principe de la garde à vue (« l'état du droit alors en vigueur ne prévoyait aucune autre garantie légale afin

d'assurer le respect des droits, notamment ceux de la défense, de la personne gardée à vue, majeure ou non ») pour l'appliquer ensuite spécifiquement aux mineurs (« aucune disposition législative ne prévoyait un âge en dessous duquel un mineur ne peut être placé en garde à vue »). Ces défauts conjugués permettaient « que tout mineur soit placé en garde à vue pour une durée de vingt-quatre heures renouvelable avec comme seul droit celui d'obtenir un examen médical en cas de prolongation de la mesure ». Le Conseil constitutionnel ne reprend pas à son compte le détail des critiques portées par la QPC, « le placement d'un mineur en garde à vue sans que celui-ci bénéficie des garanties nécessaires au respect de ses droits, notamment l'assistance d'un avocat, la notification du droit de garder le silence et l'information de son représentant légal », l'affirmation du principe les englobe toutes.

La garde à vue du mineur méconnaît, à la fois, le principe constitutionnel de conciliation « équilibrée entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » et le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs.

Le Conseil constitutionnel assortit sa décision d'inconstitutionnalité d'effet immédiat, car aucun motif ne justifie le report de ses effets à une date ultérieure, ce qui équivaut à une abrogation pour l'avenir, mais s'applique aussi à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date.

La décision du Conseil constitutionnel est classique dans sa forme et sa justification. Néanmoins, elle intervient dans une des grandes affaires criminelles toujours en cours en France, procédure relancée récemment par plusieurs éléments. La déclaration d'inconstitutionnalité porte sur la garde à vue d'une jeune fille de 15 ans, donc mineure au moment des faits, qui était un des

éléments les plus solides du dossier puisqu'elle désignait certaines personnes comme étant impliquées dans l'enlèvement de l'enfant. Les conséquences de cette décision d'inconstitutionnalité sont d'une grande importance, car elle risque de priver la procédure pénale en cours de tout élément probatoire, raison pour laquelle, dans son communiqué de presse, le Conseil constitutionnel attire l'attention sur son application par les juges. Si dans le corps du communiqué, le Conseil se borne à rappeler le principe (« Il appartiendra au juge judiciaire d'apprécier les conséquences de cette déclaration d'inconstitutionnalité dans la procédure pénale à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité dont était saisi le Conseil constitutionnel »), à sa fin il cible l'affaire en particulier en adressant une recommandation aux juges (« Dans le litige à l'origine de la décision de ce jour, il appartiendra au juge judiciaire, suivant les prescriptions du code de procédure pénale, de déterminer les conséquences de cette inconstitutionnalité sur la régularité d'actes ou de pièces de procédure »).

LIBERTÉ D'EXPRESSION

CEDH, 20 novembre 2018, Toranzo Gomez c/ Espagne

M. Toranzo Gomez, membre d'un groupe d'activistes, occupe un centre social. Le tribunal ordonne leur expulsion et des policiers pénètrent dans le bâtiment. M. Toranzo et un autre membre du groupe s'étaient attachés au sol d'un tunnel qu'ils avaient construit sous le bâtiment en insérant leur bras dans un tube de fer attaché au sol, dispositif conçu pour qu'ils ne puissent pas être déplacés. Des policiers ont essayé de les extraire, sans succès.

Ils ont attaché les deux activistes de manière à les immobiliser. Les pompiers participant à cette opération d'extraction ont essayé de les convaincre, car le bâtiment risquait de s'effondrer sur eux. Ils ont mis fin à leur action plusieurs jours après. Au cours d'une conférence de presse, M. Toranzo a qualifié l'action de la police de « torture », déclarant que les moyens employés lui avaient causé de grandes souffrances et l'avaient déterminé à abandonner. Il a affirmé que « l'acte de torture » avait été perpétré par les deux policiers dont la photographie était parue dans la presse. Il a été condamné à une amende pour diffamation à l'égard des policiers, les juges ayant considéré que l'action des autorités avait été proportionnée pour convaincre les activistes de mettre fin à leur action. La qualification pénale de « diffamation » s'appuyait sur la définition légale de la « torture » fixée par le Code pénal espagnol. L'action de la police avait été sciemment et de manière répétée qualifiée par le requérant à de multiples reprises de « torture ». L'élément matériel de fausseté de l'affirmation et l'élément intentionnel de mauvaise foi étaient ainsi caractérisés par les juges espagnols.
Pourtant, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) voit dans cette condamnation une ingérence injustifiée dans la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHLF). Le fait que les policiers aient utilisé des moyens matériels pour essayer de l'extraire et, devant l'échec, l'aient attaché pour l'immobiliser, mais aussi le recours à des moyens intellectuels de pression, comme le fait de le menacer d'utiliser des gaz, des risques d'effondrement du bâtiment, lui a créé un « sentiment d'angoisse et de peur » et constitue des souffrances physiques et mentales. Le requérant aurait fait les déclarations de bonne foi dans le cadre d'un débat d'intérêt public, c'est-à-dire

l'action des policiers en tant que représentants de l'autorité publique. Selon la CEDH, l'usage du mot « torture » a « servi à formuler un jugement de valeur », lequel ne se prête pas à la démonstration de son exactitude, ayant été utilisé ici dans un sens familier. Les juridictions internes, lorsqu'elles ont prononcé la condamnation, n'ont pas tenu compte du fait qu'il n'avait pas appelé à la violence contre les policiers et que ses affirmations n'avaient pas eu de conséquences négatives pour ces derniers. Imposer l'usage de la définition légale de la torture était une limitation excessive de sa liberté d'expression.
Si l'arrêt est rendu par une chambre et qu'il peut encore faire l'objet d'un appel par l'Espagne, il est intéressant dans le sens où la rigueur des définitions juridiques pèse exclusivement sur les autorités publiques et ne s'appliquent pas à d'autres personnes, même si elles semblent engagées dans la vie publique. De surcroît, si l'infraction reprochée au requérant était la diffamation, les arguments retenus par la Cour se rapprochent de l'incitation publique à la haine et à la violence. La décision est intéressante dans un contexte social de plus en plus tendu et une intervention massive de la presse dans tous événements, donnant un large écho à toute intervention ou action publique.

Par la lieutenante Océane GERRIET

Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), Grande chambre, arrêts n° 35553/12 36678/12 et 36711/12 S, V et A c. Danemark du 22 octobre 2018

Une détention préventive excédant le délai maximum légal n'est pas en soi attentatoire à l'article 5§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH).

Face au désordre…

À l'heure où d'aucuns ne cessent d'affirmer que la force légale s'affaiblit, la CEDH rend un arrêt remarquable, dont il conviendra de surveiller l'évolution.

De nouveau, la CEDH se trouve confrontée à la problématique des hooligans, groupes d'individus particulièrement agités et violents. Le 10 octobre 2009, à l'occasion d'un match de football opposant la Suède au Danemark, les trois requérants de l'espèce ont participé à un attroupement de hooligans. Grâce au travail du renseignement, les forces de police savaient que de tels groupes, des deux nations, avaient prévu de se retrouver pour s'affronter. Elles ont donc mobilisé des forces en conséquence. Quelques bagarres se sont déclenchées et c'est à cette occasion que les trois requérants ont été arrêtés par les policiers danois au titre d'une détention préventive. Néanmoins, ils ont été retenus 7 heures, soit une heure de plus que le délai légal maximum prévu

(soit 6 heures). Pour cette raison, ils intentent une action indemnitaire devant les tribunaux danois en niant leur implication dans les altercations, ainsi qu'en soulevant l'irrégularité de la procédure pénale mise en place.

Les juridictions internes ont successivement rejeté la demande des requérants en jugeant que le délai légal n'était applicable que « *dans la mesure du possible* ».

C'est la raison pour laquelle ils ont émis une requête devant la CEDH en invoquant une violation de l'article 5§1 de la CESDH qui énonce que « *nul ne peut être privé de sa liberté* » et plus spécifiquement au §b et §c.

... la Cour répond par la force légale...

Encore une fois, la Cour offre un arrêt très riche d'enseignements. De prime abord, la CEDH ne conteste pas que les requérants ont fait l'objet d'une privation de liberté, en effet, elle cherche à analyser si cette détention préventive peut entrer dans le champ de l'article 5§1 b) ou c).

Concernant l'alinéa b), il s'applique en cas de détention visant à « *garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* ». Cette obligation doit être « ***concrète et déterminée*** », comme l'a rappelé la CEDH dans son arrêt *Schwabe et M.G. c. Allemagne* du 1er décembre 2011, où elle détaille deux conditions cumulatives. D'une part, la personne concernée doit avoir connaissance de l'acte dont elle doit s'abstenir et s'y refuser (v. également l'arrêt *Ostendorf c. Allemagne*, 7 juin 2013). D'autre part, le lieu et les

victimes potentielles de la commission imminente de l'infraction doivent être suffisamment déterminés.

Néanmoins, dans le cas d'espèce, les requérants ont été arrêtés à la suite d'une rixe, sans qu'ils aient préalablement reçu l'ordre de rester dans un endroit donné, de ne pas commettre tel acte ou été avertis des conséquences de la désobéissance à un tel ordre. Elle rejette dès lors l'argumentaire du gouvernement qui consistait à signaler que la simple présence de forces de police suffisait à signifier qu'il ne fallait pas commettre d'acte hooligan. Partant, l'alinéa b) ne peut s'appliquer en l'espèce.

Concernant l'alinéa c), il s'applique si l'individu « *a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* ». Toute la problématique repose sur l'interprétation de la notion d'« **infraction** ». Dans un premier temps, la jurisprudence de la Cour exigeait une *infraction concrète et déterminée*, ce qui n'était pas le cas en cas de « *politique préventive générale* ». De fait, il fallait être capable de déterminer le lieu et le moment de la commission de l'infraction ainsi que les victimes potentielles (CEDH, arrêt *Guzzardi c. Italie*, requête n° 7367/766, novembre 1980). Dans un second temps, la Cour élargit sa position en considérant que le terme infraction ne signifie pas que le comportement soit obligatoirement qualifié d'infraction par le droit national (CEDH, arrêt *Steel c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998), ainsi l'atteinte à la paix publique ou à l'ordre public peut constituer une infraction. Néanmoins, en tous les cas, **cette détention ou arrestation doit poursuivre un but**,

ainsi l'alinéa c) ne vise à s'appliquer que dans le cas où le délinquant est arrêté « *en vue d'être conduit devant un juge pénal* », ce qui n'est pas le cas d'une garde à vue préventive (CEDH, arrêt *Ostendorf c. Allemagne*, requête n° 15598/08, 7 mars 2013).

Dans le cas d'espèce, la Cour va plus loin et réalise une belle démonstration de son analyse d'interprétation évolutive et *in concreto* qui s'adapte aux difficultés constatées par les États membres, spécifiquement quand ils font face à une hausse des violences en matière de manifestations de masse. Selon elle, une interprétation trop stricte conduirait « *à une impossibilité pratique d'accomplir du maintien de l'ordre et de [la] protection publique* » (§122). Elle conclut alors que « *la privation de liberté préventive dont les requérants ont fait l'objet était conforme à l'article 5§1 c) et qu'il n y a pas violation de cet article* ».

Pour arriver à ce raisonnement, elle explique que des premières amorces avaient été opérées, notamment dans l'arrêt Steel susmentionné. Dès lors, dans le présent arrêt, elle pose enfin des conditions à cette souplesse d'interprétation. Premièrement, la privation de liberté doit être régulière et non arbitraire. En l'espèce, la police danoise s'appuyait sur une **disposition législative** permettant de retenir préventivement un individu pendant 6 heures. En outre, comme le souligne la Cour, elle doit être nécessaire (§127), face à un risque d'infraction concret et déterminé. Elle souligne que les forces de police sont les mieux placées pour prendre des décisions opérationnelles, et qu'elles avaient **démontré, avec suffisamment d'éléments, que les individus présentaient un risque concret imminent contre la sûreté publique**. Par ailleurs, ils étaient en mesure de déterminer **le**

lieu, le moment et les victimes potentielles des actes en cause. Enfin, la privation de liberté doit **être le seul moyen** de les empêcher de commettre les faits. En l'espèce, la police a démontré qu'elle avait tenté d'engager un dialogue en amont des mesures préventives, mais sans succès. Dernièrement, soit les individus doivent être conduits devant un juge, soit la libération doit intervenir « *plus tôt qu'un contrôle juridictionnel à bref délai* ». Selon la Cour, une interprétation trop stricte de l'article 5§1 c) conduirait à détenir plus longuement un individu, alors que le risque aurait cessé, pour la seule raison qu'il faudrait le traduire devant un juge (§122). Par ailleurs, concernant l'exigence de célérité de présentation devant le juge, elle rappelle que toute durée supérieure à quatre jours est *a priori* trop longue (CEDH, arrêt *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988). Enfin, la mesure doit bien évidemment pouvoir faire l'objet **d'un recours** (§140). En l'espèce, ils ont été relâchés une heure après le délai légal et ils avaient l'opportunité de contester la légalité de cette mesure devant les juridictions internes et d'obtenir une indemnité.

La CEDH conclut donc, naturellement, sur le juste équilibre opéré entre les impératifs d'ordre public et la liberté. To be continued…

Par M. Ludovic Guinamant

Le président du Conseil départemental ne peut restreindre l'accueil de mineurs étrangers isolés par l'aide sociale à l'enfance pour des motifs d'ordre sanitaire

Conseil d'État, 3 décembre 2018, section, n° 409667

La Ligue française pour la défense des droits de l'Homme et du citoyen a demandé au tribunal administratif de Nantes d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 24 avril 2014 par lequel le président du Conseil général de la Mayenne, se fondant sur la dangerosité du virus Ebola, a décidé que « *les mineurs étrangers isolés en provenance des États identifiés à risque, ou dont il n'est pas établi de manière certaine qu'ils ne proviennent pas de ces États, ne pourront être accueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance (...) qu'à l'issue d'une prise en charge préalable par les autorités sanitaires compétentes propre à éviter, compte tenu de la durée maximale d'incubation de la maladie, tout risque de contamination* ».
Dans un considérant de principe, le Conseil d'État précise « *qu'il incombe au service de l'aide sociale à l'enfance, notamment, de prendre en charge les mineurs qui lui sont confiés par le juge des enfants ou le procureur de la République et, en cas d'urgence et si leurs représentants légaux sont dans l'impossibilité de donner leur accord, d'assurer le recueil provisoire des mineurs dont la santé, la sécurité ou la moralité sont en danger. A cette fin, il appartient au président du conseil général, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service de l'aide sociale à l'enfance placé sous son autorité, et, à cet effet, d'organiser les moyens*

nécessaires à l'accueil et à l'hébergement de ces mineurs et de déterminer les conditions de leur prise en charge au regard notamment d'un risque sanitaire avéré, le cas échéant en coopération avec les autorités sanitaires compétentes. En revanche, il ne saurait subordonner l'accueil de certains mineurs par le service de l'aide sociale à l'enfance du département à une prise en charge préalable par d'autres autorités ».

Fermeture d'un lieu de culte et mise en œuvre des dispositions de l'article L. 227-1 du Code de la sécurité intérieure issu de la loi SILT du 30 octobre 2017

Conseil d'État, juge des référés, formation collégiale, 22 novembre 2018, n° 425100

Par un arrêté du 15 octobre 2018, le préfet du Nord a prononcé la fermeture du lieu de culte « Centre Zahra » à Grande-Synthe sur le fondement des dispositions de l'article L. 227-1 du Code de la sécurité intérieure (CSI), pour une durée de six mois.
Cet article, issu de la loi SILT (loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme) du 30 octobre 2017, précise que : « *Aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, le représentant de l'État dans le département (…) peut prononcer la fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes. / Cette fermeture, dont la durée doit être proportionnée aux circonstances qui l'ont motivée et qui ne peut excéder six mois, est prononcée par*

arrêté motivé et précédée d'une procédure contradictoire dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre Ier du code des relations entre le public et l'administration (…) ».

Saisi par la voie de l'appel par l'association gérant le lieu de culte, le Conseil d'État confirme l'ordonnance du tribunal administratif (TA) de Lille du 19 octobre 2018 qui avait validé la décision du préfet.

Le Conseil d'État motive sa décision en relevant l'existence, d'une part, de propos qui incitent à la haine, l'antisémitisme et à la violence et, d'autre part, de prêches qui légitiment le djihad armé pour en conclure qu'au vu de ces différents faits et éléments, le préfet du Nord a pu, sans commettre d'erreur de droit ou de fait, estimer que les propos tenus, les idées et théories diffusées par le « centre Zahra » ainsi que les activités qui s'y déroulent constituaient des provocations justifiant, en vue de prévenir la commission d'actes de terrorisme, la fermeture de ce lieu de culte sur le fondement de l'article L. 227-1 du CSI.

Police du bien-être animal : la saisie d'animaux par la direction départementale de la protection des populations a le caractère d'une mesure de police judiciaire

Conseil d'État, 5ème et 6ème chambres réunies, n° 421302

La SARL « Les Sept Monts Equitation » exploite une activité de centre équestre, une activité de pension pour chevaux et une mini-ferme comprenant des caprins, ânes, lapins et volailles. À la suite de visites d'inspection réalisées les 10 janvier et 12 février

2018 par des agents de la direction départementale de la protection des populations (DDPP), qui ont mis en évidence diverses infractions aux règles relatives à la détention des animaux, analogues à celles qui avaient été constatées lors d'une précédente visite en juin 2017, l'inspecteur de la santé publique vétérinaire a, par une décision prise sur le fondement de l'article L. 214-23 du Code rural et de la pêche maritime, ordonné le retrait des animaux et les a confiés à la garde de tiers habilités.

La SARL « Les Sept Monts Equitation » a alors demandé au juge des référés du tribunal administratif de Grenoble de prononcer, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, la suspension de l'exécution de cette décision, qui a fait droit à cette demande.

Le ministre de l'Agriculture a alors saisi le Conseil d'État.

L'article L. 214-23 du Code rural et de la pêche maritime précise : *« I. - Pour l'exercice des inspections, des contrôles et des interventions de toute nature qu'implique l'exécution des mesures de protection des animaux prévues aux articles L. 214-3 à L. 214-18, L. 215-10 et L. 215-11, des règlements communautaires ayant le même objet et des textes pris pour leur application, les fonctionnaires et agents habilités à cet effet : / 1° Ont accès aux locaux et aux installations où se trouvent des animaux, à l'exclusion des domiciles et de la partie des locaux à usage de domicile, entre 8 heures et 20 heures ou en dehors de ces heures lorsque l'accès au public est autorisé ou lorsqu'une activité est en cours ; (...) / II. - Dans l'attente de la mesure judiciaire prévue à l'article 99-1 du code de procédure pénale, les agents qui sont mentionnés au I de l'article L. 205-1 et au I du présent article peuvent ordonner la saisie ou le retrait des animaux et, selon les circonstances de l'infraction et l'urgence de la situation, les confier à un tiers, notamment à une fondation ou à une association de protection animale reconnue d'utilité publique ou déclarée, pour une durée qui ne peut*

excéder trois mois ou les maintenir sous la garde du saisi. (...) ».
La Cour suprême administrative annule l'ordonnance du TA de Grenoble pour erreur de droit en considérant que la décision de retirer ou de saisir des animaux sur le fondement de l'article L. 214-33 du Code rural et de la pêche maritime avait le caractère d'une mesure de police judiciaire dont la connaissance n'appartient qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire.

Le Conseil d'État se prononce sur la légalité d'un avis du Conseil supérieur de la magistrature écartant la candidature d'un candidat au poste de juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance de Paris

Conseil d'État, 5ème et 6ème chambres réunies, n° 414314

M.B..., juge des libertés et de la détention au Tribunal de grande instance (TGI) de Meaux, s'est porté candidat aux fonctions de vice-président chargé des fonctions de juge des libertés et de la détention au TGI de Paris. Le garde des Sceaux, ministre de la Justice, a proposé sa nomination sur ce poste au Conseil supérieur de la magistrature (CSM), qui a émis, le 19 juillet 2017, un avis défavorable à cette nomination. M. B... demande l'annulation de cet avis du CSM devant le Conseil d'État.
Dans un considérant de principe, la Cour suprême de l'ordre juridictionnel administratif précise que « *dans l'appréciation qu'il porte sur la proposition de nomination d'un magistrat du siège sur un*

poste déterminé que lui soumet le garde des sceaux, ministre de la justice, le Conseil supérieur de la magistrature peut, au vu du dossier du candidat proposé et compte tenu, le cas échéant, des observations formulées par d'autres candidats, émettre un avis défavorable s'il lui apparaît soit que la candidature proposée est inadéquate au regard des aptitudes de l'intéressé, des exigences déontologiques, des besoins de l'institution judiciaire et des caractéristiques du poste concerné, soit qu'une autre candidature est plus adéquate au regard de ces critères ».
En l'espèce, le Conseil d'État constate, après avoir effectué des mesures d'instruction, que des réserves figurent dans le dossier de l'intéressé, ainsi que deux refus d'inscription au tableau d'avancement, refus confirmé par la commission d'avancement.
Par ailleurs, le Conseil d'État considère également que les difficultés que M. B… a rencontrées dans l'exercice des fonctions de juge des libertés et de la détention au TGI de Meaux, en particulier dans le contentieux relatif à la rétention des étrangers, difficultés qui ont été évoquées par le chef de juridiction avec le magistrat concerné lors de l'entretien d'évaluation, a permis au CSM, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ainsi que des exigences renforcées s'attachant aux conditions d'exercice professionnel de juge des libertés et de la détention dans un poste particulièrement sensible, que la candidature de M. B... était inadéquate au regard des besoins de l'institution judiciaire.

Par M. Xavier Latour

La gendarmerie outre-mer : l'exemple de la Polynésie française

Un colloque décentralisé organisé, le 8 novembre 2018, par le CREOGN avec l'Université de Polynésie française, a permis d'étudier la gendarmerie dans un outre-mer caractérisé par la diversité territoriale et la singularité institutionnelle.

Avec 22 faits constatés pour 1 000 habitants, la Polynésie n'échappe pas à l'insécurité. La lutte contre les malveillances renvoie alors à la question de savoir qui fait quoi et comment ? En métropole, les réponses ne sont pas toujours simples à apporter. Ce colloque a démontré que les préoccupations n'épargnent pas les outre-mers en général, et la Polynésie française en particulier.

Plusieurs éléments concourent, en effet, à compliquer l'organisation institutionnelle, la construction d'un droit substantiel et, *in fine,* les activités opérationnelles.

L'histoire et la géographie, physique aussi bien qu'humaine, constituent, d'une part, des éléments essentiels. Avec une population comparable à celle d'un département (275 000 habitants), la Polynésie a la taille du continent européen (5,5 millions de km²). À l'hétérogénéité des outre-mers s'ajoutent des particularismes locaux variés. Une population fortement concentrée sur l'île de Tahiti contraste avec un peuplement épars dans

les différents archipels. Voie de passage pour le trafic maritime international, la Polynésie est exposée à différents trafics.
Ils expliquent, en grande partie, la nature de la délinquance et, par voie de conséquence, une partie des moyens de la juguler.

D'autre part, comme les autres territoires ultra-marins, la Polynésie s'inscrit dans un cadre juridique tout à la fois simple et complexe.
Simple, si le regard se tourne vers le principe de l'unité de l'État affirmée par les articles 1er et 3 de la Constitution. Complexe, car un État unitaire ne signifie pas un État monolithique. Au contraire, les articles 73 et 74 ainsi que le Titre XIII de la Constitution témoignent d'une organisation plurielle. Entre identité et spécialité législative, les outre-mers voient leurs spécificités prises en compte.
La France utilise tous les ressorts de l'autonomie administrative, voire quasi politique. L'organisation des outre-mers dépasse le débat entre les Girondins et les Jacobins, assez éloigné des préoccupations ultra-marines. Elle renvoie à une philosophie de l'État, elle reflète les valeurs qu'il véhicule, ses objectifs politiques. À cet égard, à l'exception de la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie est la collectivité qui bénéficie de l'autonomie la plus large au sein de la République, ce qui implique d'importants transferts de compétences. L'État ne conserve que des compétences d'attribution sous le regard sourcilleux du Conseil constitutionnel.

Compétence de souveraineté par nature, la sécurité n'a pas été transférée.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Activité de service public, la prévention et la répression des atteintes aux personnes et aux biens, même outre-mer, sont avant tout l'affaire de l'État, comme le confirme la loi organique n° 2004 192 du 27 février 2004, conformément aux articles 73 al. 4 et 74 al. 4 de la Constitution. Au nom de l'indivisibilité de la République qui suppose en particulier une application égalitaire des libertés publiques, la sécurité demeure à l'écart des matières transférées. Il y a des constantes que les particularités des outre-mers ne bouleversent pas.

Dans ce contexte, et conformément à l'article L. 421-1 du Code de la sécurité intérieure (CSI), la gendarmerie nationale « *est destinée à assurer la sécurité publique et l'ordre public* », en agissant tant au titre de la police administrative que de la police judiciaire.
Comme en métropole, elle le fait sous l'autorité des représentants de l'État, en application du droit de l'État. Pourtant, comme en métropole, elle n'agit pas seule. Dans une logique partenariale, elle travaille avec d'autres acteurs, étatiques ou locaux, pour adapter son action au plus près des réalités de terrain.
En Polynésie, ce besoin de flexibilité prend un relief particulier. La gendarmerie, véritable incarnation de l'unité de l'État, démontre sa capacité à évoluer selon les environnements.

Sur le terrain de l'ordre public et à rebours d'autres sujets, c'est une tendance marquée à la convergence entre la métropole et l'outre-mer, sans empêcher l'existence d'éléments de différenciation.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Les éléments de convergence

La sécurité relève, par principe, de l'État, central ou déconcentré, y compris dans une collectivité d'outre-mer.
En Polynésie ou ailleurs, le Premier ministre dispose d'un pouvoir réglementaire propre, même si les textes doivent explicitement prévoir leur application dans les collectivités d'outre-mer bénéficiant de la spécialité législative.
En Polynésie ou ailleurs, les autorités déconcentrées relaient l'action de l'État central. L'éloignement plus important ne change rien à l'existence de circonscriptions administratives. Qu'il porte le nom de préfet ou de haut-commissaire, le représentant de l'État et des différents ministres a la charge de l'ordre public, de la sécurité et de la protection des populations.
Sans surprise, le haut-commissaire, comme un préfet de département, « *anime et coordonne la politique de prévention de la délinquance et l'ensemble du dispositif de sécurité intérieure dans les conditions prévues à l'article L. 122-1 du code de la sécurité intérieure, dans sa rédaction résultant du 5° de l'article L. 155-2 du même code* »[1].

La sécurité relève aussi, au titre de la coproduction, des autorités locales.
Depuis les années 1980, et plus particulièrement depuis le rapport Bonnemaison, l'État ne conçoit plus la sécurité sans travailler en étroite relation avec les communes. Toute l'évolution

1. Loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française et article 3 du décret n° 2007-422 du 23 mars 2007 relatif aux pouvoirs du haut-commissaire de la République, à l'organisation et à l'action des services de l'État en Polynésie française.

législative a confirmé cette exigence partenariale, manifestée, par exemple, par l'article L. 132-1 CSI.
Or, en métropole comme dans les outre-mer, la commune demeure de droit commun. Y compris en Polynésie française, le maire exerce ses pouvoirs de police municipale, tout en étant un interlocuteur privilégié des autorités de l'État.
Les maires d'outre-mer n'ont, par voie de conséquence, ni plus ni moins de prérogatives que leurs homologues métropolitains. Dans le cadre de la coproduction, ils dialoguent avec les autorités de l'État en utilisant la formule classique des conventions de coordination (encore sujette à réticences), et des Conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance (CSLPD). Papeete a ainsi créé son CLSPD en mars 2018.
Mais, au même titre que dans les communes métropolitaines, la richesse du dialogue avec les représentants de l'État n'est pas qu'une question de droit et d'institutions. Elle dépend, largement, de la qualité des relations interpersonnelles. Alors que les distances ne facilitent pas la fréquence des rencontres, cela ne signifie pas nécessairement qu'elles en obèrent le fond.

En étant nationales, la police et la gendarmerie ont toute leur place dans l'ensemble des territoires de la République. Agents de l'État, ils le restent où que ce soit. Dans ces conditions, la gendarmerie fonctionne avec des éléments fixes ou mobiles.
Malgré les contraintes budgétaires et matérielles, cela lui permet de couvrir 97 % du territoire polynésien et 85 % de la population (234 000 personnes), à l'exception des communes de Papeete et Pirae, avec environ 400 militaires répartis dans les brigades, plus 140 réservistes (même si les distances ne facilitent pas les

recrutements). Le Haut-commissariat sait pouvoir compter sur l'institution qui dispose de moyens complets (police scientifique, renseignement, antenne GIGN…) pour faire face à une délinquance de type périurbain dans certains cas, rural dans d'autres.
De son côté, la gendarmerie développe des partenariats nombreux et intéressants. Certains répondent aux contraintes géographiques (avec les transporteurs par exemple pour la liaison avec Moorea), d'autres à la logique de coproduction de sécurité.
Celle-ci implique de travailler avec d'autres professionnels de la sécurité, en particulier la police, sur la problématique des drogues et des cambriolages. Ces coopérations ne se limitent plus au cadre national, elles prennent une dimension internationale, principalement pour lutter contre le trafic de stupéfiants.
Elle passe, également, par des partenariats avec divers intervenants (par exemple, pour la sécurité routière, avec l'éducation nationale et les assureurs).

Les communes travaillent, pour leur part, aux côtés des forces de l'État dans le cadre du droit commun applicable aux polices municipales, présentes dans les archipels et sur l'île de Tahiti. Dans un autre registre, le droit commun s'applique aux recours à la sécurité privée, puisque le Conseil national des activités privées de sécurité y exerce, par exemple, son contrôle. Or, particulièrement sur Tahiti, la sécurité privée, présente dans certains lotissements, peut aider la gendarmerie.

Responsables de la prévention et de la répression, les forces de

sécurité appartiennent à la chaîne pénale. À ce titre, elles participent de l'application du droit pénal, métropolitain, au nom de la souveraineté pénale étatique.

Par conséquent, l'action de la gendarmerie s'inscrit surtout dans une logique d'identité et de continuité avec la métropole.

Les éléments de différenciation avec la métropole

La situation de la Polynésie justifie des aménagements relatifs aux autorités de l'État, aux autorités du territoire et aux relations qu'elles entretiennent entre elles.

Pour l'État, la géographie explique que le Haut-commissaire exerce les fonctions de préfet maritime. La simplification administrative est alors bienvenue.

Pour les autorités locales, dans le prolongement du droit applicable en Nouvelle-Calédonie et sur le fondement de l'article 34-I, al. 1er de la loi organique n° 2004-192 : « *La Polynésie française peut participer à l'exercice des missions de police incombant à l'État en matière de surveillance et d'occupation du domaine public de la Polynésie française, de police de la circulation routière, de police de la circulation maritime dans les eaux intérieures et des missions de sécurité publique ou civile* ».

État et autorités locales agissent de conserve, tout en innovant. Habituellement, la coproduction de sécurité passe par la

création de CLSPD dans les communes. La Polynésie a, pour sa part, franchi une étape que la métropole ne connaît pas, elle qui bute encore sur l'éparpillement communal et le refus de l'inter-communalité. Depuis 2016, la Polynésie bénéficie d'un conseil de prévention de la délinquance qui associe le gouvernement polynésien et les représentants de l'État. Il rédige, notamment, le plan de prévention de la délinquance du territoire qui adapte le plan national.

Si policiers et gendarmes sont des agents de l'État, leur recrutement et la gestion de leur carrière diffèrent.
Les premiers sont issus d'un recrutement essentiellement local, sauf dans les corps de conception et de direction. Par ailleurs, les métropolitains ont la capacité de s'implanter durablement sur place. La police bénéficie aussi du renfort d'adjoints de sécurité qui consolident l'ancrage local et la bonne connaissance du terrain, dans ses zones de compétence.
À l'inverse, les gendarmes viennent principalement de métropole. D'une part, leur expérience du maillage territorial et leur grande adaptabilité au terrain représentent des gages de performance. La gendarmerie entend préserver cette valeur ajoutée, malgré les contraintes géographiques qui aggravent la pression sur les effectifs. D'autre part, la mobilité amoindrit les risques inhérents à des liens personnels avec les sujets de l'autorité, surtout quand la population totale compte moins de 300 000 habitants.
Bien que compliqué par la crainte d'une installation métropolitaine, le recrutement de personnels locaux tend à compenser une possible distance avec les natifs du territoire. La présence de

gendarmes polynésiens offre des avantages certains en matière de contact avec la population (personnes âgées ou mineurs notamment).
En plus des complications géographiques, le maillage se heurte à d'autres types d'obstacles auxquels les personnels s'adaptent.
L'asymétrie traditionnelle entre le détenteur de l'autorité et le sujet de l'autorité peut être accentuée par des difficultés linguistiques réciproques. La maîtrise du français n'est parfois pas suffisante pour favoriser la confiance des populations, tandis que les métropolitains utilisent rarement le tahitien.
Dans un autre registre, les missions sont adaptées au contexte géographique, technologique (déploiement partiel de Néogend), et aux types de délinquance. Bien que contenue, voire en baisse dans certains cas, la délinquance demeure une préoccupation des populations.
L'insularité et l'éloignement motivent, logiquement, la priorité accordée au contrôle des façades maritimes et à l'affirmation d'une présence de souveraineté.
Dans un contexte de précarité, la gendarmerie fait face à des formes diverses de délinquance. Elle est ainsi confrontée aux violences intrafamiliales et sur les mineurs, au trafic de stupéfiants (montée en puissance de l'Ice, catégorie de méthamphétamine), aux addictions et à la délinquance financière. Pour le moment, la Polynésie n'est pas concernée par le crime organisé et les violences urbaines. Toutefois, la gendarmerie demeure attentive aux évolutions, car le trafic de drogues pourrait favoriser l'émergence de bandes criminelles armées.

En droit, les forces de sécurité n'appliquent pas uniquement le

droit métropolitain. Elles agissent aussi sur le fondement d'un droit polynésien ou adapté à la Polynésie. D'abord, la situation géographique impose quelques aménagements de la procédure pénale (en matière de délais notamment). Ensuite, quelques pratiques coutumières subsistent en marge du droit pénal écrit (délimitation des zones de pêche par exemple). Enfin et surtout, l'autonomie justifie l'existence d'un droit répressif propre attaché aux compétences exercées par la collectivité. Cela comprend la fixation de peines ainsi que la recherche et la constatation d'infractions. La spécialité explique de même l'absence de certains délits, comme celui de la fraude fiscale.
Néanmoins, ce droit se développe dans un cadre strict, au nom de la préservation de la souveraineté nationale. Seules les matières contraventionnelles et délictuelles sont visées. Les peines doivent demeurer au sein de la classification du droit pénal commun, tout en respectant le quantum et la nature de la sanction prévus pour les mêmes infractions en droit métropolitain. Les peines de prison doivent, quant à elles, être homologuées par le législateur national. Des difficultés résultent de ces exigences, parmi lesquelles l'absence d'infraction comparable, ou l'absence d'homologation.

Une autre originalité de l'action de la gendarmerie en Polynésie réside dans l'existence de missions « annexes ».
La rédaction gratuite d'actes notariés ou l'attribution d'une autorisation de conduire un véhicule sur une île peuvent surprendre. Elles révèlent surtout un attachement certain au service public, avec d'évidents effets positifs. À cet égard, les préoccupations polynésiennes diffèrent assez peu des populations en

métropole. Elles attendent du gendarme plus que de la sécurité, elles le parent d'un rôle social. En entretenant le contact, la gendarmerie est l'un des rares services publics visibles quand beaucoup d'autres ont disparu ou n'ont jamais existé. Lorsque l'État est loin, voire lorsqu'il se désengage, il doit malgré tout faire porter l'effort sur le régalien, mais un régalien repensé.

En définitive, le tableau de la sécurité en général et de la gendarmerie nationale en particulier en Polynésie fait apparaître toute une gamme de nuances. Le territoire et la métropole sont beaucoup plus imbriqués qu'il pourrait y paraître. La République rassemble ce qui est épars. Avec habileté, elle s'adapte au contexte. À ce titre, la gendarmerie constitue un élément central de l'œuvre sans cesse renouvelée de la diversité dans l'unité.

Directeur de publication : Colonel Dominique SCHOENHER

Rédacteur en chef : G[al] d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD

Rédacteurs : G[al] d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD
Frédéric DEBOVE
Claudia GHICA-LEMARCHAND
Xavier LATOUR
Ludovic GUINAMANT
Lieutenante Océane GERRIET

Equipe éditoriale : Odile NETZER