LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 80 | Septembre 2019

EDITO

Une libération d'otages numériques ?

La neutralisation d'un botnet de plus de 1 260 000 ordinateurs « zombies » a fait l'actualité ces derniers jours. Ce réseau permettait, en utilisant le virus Retadup, de « voler » des données personnelles (notamment médicales), de détourner de la puissance de calcul pour miner des cryptoactifs (Monero), de lancer des campagnes de spam et d'opérer des attaques par déni de service (DDoS).

Sans créer de polémique, plusieurs spécialistes de la cybersécurité, dans le domaine technique ou juridique, ont soulevé la question du droit applicable à l'égard d'un botnet dispersé dans de très nombreux pays où sont

(Suite page 2)

CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE

Edito

situés les ordinateurs zombies. Le 24 octobre 2019, le Centre de lutte contre la criminalité numérique (C3N) du pôle judiciaire de la gendarmerie nationale a expliqué devant le public de l'Observatoire FIC comment ce démantèlement avait été possible. Une table ronde, animée par le CREOGN, a rassemblé Eric Freyssinet, Olivier Iteanu, avocat spécialisé dans le droit du numérique et vice-président d'Hexatrust, et Aude Géry, doctorante à l'Université de droit public de Rouen et membre du centre de recherche GEODE qui, dans un article de Libération, avait soulevé quelques jours auparavant la question de l'extraterritorialité de l'action des gendarmes.

Un bref rappel des faits et de l'action menée semble nécessaire avant d'examiner le point de droit. Avast Software est une entreprise tchèque qui édite le logiciel Avast Antivirus. En mars 2019, l'entreprise s'est tournée vers le C3N pour lui faire part d'une vaste compromission. L'unité a mené une enquête préliminaire que lui a confiée la section F1 du Parquet de Paris, spécialisée dans les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données. Les investigations techniques ont permis de localiser le serveur Commande & Contrôle dans la région Île-de-France. Celui-ci recevait toutes les 30 secondes une requête des ordinateurs zombies en attente d'ordres. Une copie de ce serveur C&C a été réalisée afin de remplacer le serveur litigieux avant que celui-ci ne migre. Une coopération avec les États-Unis (FBI) a été nécessaire, certains noms de domaine étant enregistrés aux États-Unis. Cette coopération a permis de réorienter les flux vers le serveur « bis » de la gendarmerie et, ainsi, de capter tout le trafic du botnet. Les gendarmes ont découvert une faille qui a permis de nettoyer les

Edito

ordinateurs compromis. Un ordre vide permettait d'annuler toutes les commandes précédentes et, de ce fait, faire sortir l'ordinateur du botnet. Ce sont toujours les bots qui interrogeaient le serveur et non l'inverse. Cet élément est fondamental, car on voit bien qu'aucune action n'a été entreprise à l'intérieur de l'ordinateur compromis, celui-ci venant de lui-même demander – sans le savoir – sa « libération ».

La législation nationale et internationale (Convention de Budapest de 2001 sur la cybercriminalité ratifiée par 64 États) protège la « volonté du maître du système » contre les pénétrations, maintiens, entraves des STAD. Ici, c'est la volonté du maître du système qui est « libérée » alors qu'elle était entravée ! Une libération d'otages numériques en quelque sorte… La loi Godfrain n'a pas prévu explicitement cette situation. En tout état de cause, aucune infraction ne peut être reprochée et, s'il en était ainsi, on pourrait mettre en avant l'article 323-3-1 du Code pénal qui considère légitime une action menée pour la sécurité informatique.

Fallait-il coopérer avec tous les États concernés ? On connaît les difficultés de la coopération bilatérale. Le botnet serait encore actif. Il n'y a pas eu de préjudice et donc pas de plainte de l'un quelconque d'entre eux. Comme le souligne le professeur Theodore Christakis, spécialiste du droit international applicable à l'espace numérique, la règle « bona fide », la bonne foi, trouve ici une application pertinente, les pouvoirs publics français n'ayant jamais agi contre les intérêts des États concernés. Si une telle action était engagée, la légitime défense pourrait être avancée. Non désamorcés, les ordinateurs compromis auraient pu servir à des attaques mettant en cause nos intérêts nationaux. Agir

Edito

immédiatement était nécessaire, adapté, proportionné. Les États peuvent même remercier la France de les avoir aidés, sans qu'ils le sachent, à respecter la règle de la due dilligence qui les oblige à empêcher toute action accomplie depuis leur territoire et visant un État étranger. Le droit actuel doit-il être précisé ? Faute de contentieux, il n'y a pas de jurisprudence applicable au cas d'espèce.

Fallait-il prévenir les 1 261 000 détenteurs d'ordinateurs compromis par un message d'information ? Le serveur C&C mis en place par C3N était « passif ». Prévenir individuellement eût été particulièrement long et complexe s'agissant de la quête d'adresses IP. En outre, les messages envoyés par les forces de sécurité doivent être strictement limités, eu égard aux campagnes de phishing qui s'appuient souvent sur de faux documents officiels.

Le cas Retadup va faire école. Il montre que les acteurs de la lutte contre la cybercriminalité ne sont pas dépourvus de tous moyens face à la « criminalité du XXIe siècle » (thème du premier FIC en 2007). Il souligne aussi que le profil du gendarme connaît une évolution rapide, le juriste devant être aussi capable de mettre en œuvre des procédures techniques de haut niveau d'expertise. Cette convergence des sciences « dures » et du droit s'observe aujourd'hui au sein de nombreuses professions juridiques. Sans doute faut-t-il dès aujourd'hui revisiter le recrutement, la formation et la gestion des carrières pour épouser le siècle du numérique.

Par le général d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD

SOMMAIRE

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

Déontologie et sécurité **6**

Droit de l'espace numérique **16**

Actualité pénale **36**

Police administrative **52**

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée **59**

Déontologie et sécurité

Fréderic DEBOVE

Été meurtrier, automne justicier

Appelé de ses voeux en juillet dernier par Marlène Schiappa, Secrétaire d'Etat chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations, le Grenelle contre les violences conjugales a officiellement été porté sur les fonds baptismaux le 3 septembre 2019 par le Premier ministre, Edouard Philippe. En même temps qu'il institue des groupes de travail – réunissant près de 80 praticiens et proches de victimes – dédiés à l'émergence d'une réflexion collective de lutte contre un fléau particulièrement meurtrier (plus de cent meurtres impliquant un conjoint ou un ex-conjoint ont déjà été recensés depuis janvier 2019 alors que le total des « féminicides » s'élevait à 121 pour l'année 2018), ce « Plan Marshall » contre les violences conjugales se double de mesures immédiates de nature diverse : création de places d'hébergement et de logements d'urgence, audit de 400 commissariats de police et locaux de brigades de gendarmerie afin d'améliorer l'accueil des victimes, généralisation du dépôt de plainte dans les hôpitaux, mise en place de référents spécialisés au sein des Parquets, promotion du 3919, numéro d'écoute national, anonyme et gratuit, destiné aux femmes victimes de violences et à leur entourage. Protéger les victimes, prévenir les violences et punir leurs auteurs, telles sont les grandes lignes des priorités gouvernementales qui se traduiront concrètement par la présentation d'un projet de loi en Conseil des ministres à l'issue des travaux du « Grenelle » le 25 novembre 2019, date de la journée internationale de lutte contre les violences faites aux femmes.

Déontologie et sécurité

Si l'automne prochain s'annonce déjà riche en réformes législatives, la période estivale qui s'achève n'est pas en reste en matière de jurisprudence se rapportant au traitement des violences domestiques. Plus précisément, la moisson des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme s'avère très instructive en termes d'obligations positives – tant législatives, judiciaires que policières – pesant sur les États en ce domaine. Cela rejaillit sensiblement sur les pratiques professionnelles et plus largement sur la déontologie de la sécurité.

Tout mais pas l'indifférence

Dans un arrêt Volodina contre Russie (requête n°41261/17) en date du 9 juillet 2019, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de stigmatiser les insuffisances du droit russe en matière de violences domestiques. Par-delà les violations de la Convention européenne constatées dans le cas d'espèce, cet arrêt fustige plus globalement l'indolence de la législation russe dans le domaine des violences conjugales et ses effets discriminatoires sur les femmes.
Les circonstances de l'espèce, tristement banales, peuvent se résumer ainsi : à la suite d'une rupture conjugale accompagnée d'un abandon du domicile commun, Mme Volodina a fait l'objet de plusieurs épisodes de violences graves, de traques, de sabotages de son véhicule, de tentatives d'enlèvement et de menaces de mort de la part de son ancien partenaire éconduit. Après chaque accès de violences et d'agressions, Mme Volodina s'est rendue au commissariat de police et aux urgences de l'hôpital aux fins

respectivement de dépôt de plainte et de constatation de ses blessures (contusions, hématomes, dermabrasions, perte de l'enfant à naître à la suite de coups portés dans le ventre au moment de sa grossesse, etc.). Entre l'hiver 2016 et le printemps 2018, sept épisodes de violences graves ont ainsi été portés à la connaissance des autorités médicales et policières. En dépit de ces agressions graves et récurrentes, les investigations policières se limitèrent à une audition de l'ex-partenaire violent à l'exclusion de tout autre acte d'enquête. Si des poursuites pénales pour atteinte à la vie privée furent engagées en considération de la diffusion de photographies intimes de Mme Volodina sans le consentement de cette dernière, la police régionale refusa de mettre en mouvement l'action publique s'agissant des violences conjugales au motif que ces violences relevaient d'un simple différend conjugal.

Une fois les voies de recours interne épuisées, Mme Volodina déposa une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Au soutien de sa requête, Mme Volodina prétendait que l'incurie des autorités russes (absence d'enquête et de poursuites pénales à la suite de violences domestiques avérées) était constitutive à la fois d'un traitement inhumain et dégradant (art. 3 CEDH) mais également d'un traitement discriminatoire à l'égard des femmes victimes. (art. 14 CEDH).

Moscou, morne plaine...

Appelée à examiner cette requête, la Cour de Strasbourg observe dans un premier temps que les violences physiques et psychologiques subies par Mme Volodina atteignent effectivement

le seuil de gravité requis pour relever des mauvais traitements interdits par l'article 3 de la Convention. De ce constat découle corrélativement une obligation positive pour les autorités russes de protéger la requérante contre les violences infligées par son ex-partenaire.

Dans un second temps, la Cour européenne des droits de l'Homme scrute attentivement la teneur de la législation russe se rapportant aux violences conjugales mais également les pratiques policières et judiciaires en vigueur en ce domaine. Affligeant, l'état des lieux auquel procède la Cour rappelle la pensée de Georges Orwell selon laquelle l'État mythomane « donne l'apparence de la solidité à ce qui n'est que du vent, rend vraisemblable les mensonges et respectables les meurtres ». Dans la législation de la fédération de Russie, les violences domestiques sont de toute évidence une vérité qui dérange, au point que tout est fait pour en nier jusqu'à l'existence même. Les violences conjugales ne font l'objet d'aucune incrimination distincte ni d'aucune circonstance aggravante. Bien mieux, qualifiées de légères, les violences ne sont poursuivables qu'à l'initiative des victimes. En considération de la privatisation des poursuites, la charge de la preuve des violences pèse alors exclusivement sur les victimes et le retrait éventuel de leur plainte entraîne de plein droit l'extinction de l'action publique. Niées dans leur spécificité, les violences familiales ne s'accompagnent d'aucun dispositif de prévention permettant l'éviction de l'agresseur du domicile et l'interdiction d'y paraître ou d'entrer en contact avec la victime. Toutes ces lacunes législatives stigmatisées par la Cour de Strasbourg se doublent en l'espèce d'inadmissibles défaillances policières dans la prise en charge de Mme Volodina. Alors même

qu'elle était pleinement informée des violences graves et répétées dont Mme Volodina était victime, la police russe n'a pris aucune mesure permettant d'éviter le renouvellement de l'infraction (seule une audition du suspect a été réalisée à l'exclusion de tout autre acte d'enquête). Indifférente au sort de la victime, l'indolence de la police russe s'est traduite concrètement par une forme d'impunité de l'ex-partenaire violent, pour ne pas dire une incitation à poursuivre ses agissements délictueux. Défaillante en considération de son droit pénal comme de sa pratique policière, la fédération de Russie est fort logiquement reconnue coupable d'une violation de l'article 3 de la Convention, sous son double aspect matériel et procédural.

Liberté, fraternité et égalité des sexes !

Last but not least. Au motif que les violences domestiques concernent très majoritairement les femmes, qu'elles sont sous-reportées et sous-enregistrées par la police, en étant de surcroît largement tolérées par le système judiciaire, la Cour de Strasbourg conclut son arrêt en caractérisant l'existence d'un déséquilibre structurel massif à l'encontre des femmes : « En tolérant pendant de longues années un climat propice à la violence domestique, les autorités russes ont manqué à mettre en place les conditions d'une véritable égalité des sexes qui permettrait aux femmes de ne pas avoir à craindre des mauvais traitements ou des atteintes à leur intégrité ». Il s'ensuit logiquement une double condamnation de la fédération de Russie sur le fondement de l'article 3 CEDH combiné avec l'article 14 CEDH.

Déontologie et sécurité

De la politique de l'autruche à celle de l'Autriche

Alors que la fédération de Russie est condamnée dans l'affaire Volodina pour sa politique de l'autruche en refusant de reconnaître et de traiter à sa juste mesure le péril des violences domestiques, la Cour de Strasbourg valide dans le même temps le dispositif en vigueur en Autriche dans son arrêt Kurt contre Autriche (requête n°62903/15) en date du 4 juillet 2019.

Plus funestes que dans l'affaire précitée, les circonstances à l'origine de cet arrêt peuvent se résumer ainsi : à la suite d'un accès de violences de son mari, Mme Kurt – par ailleurs mère de deux jeunes enfants – sollicita en juillet 2010 l'intervention de la police à son domicile conjugal. Lors de son audition, Mme Kurt informa la police qu'elle était victime de violences depuis de longues années tout en précisant que la situation s'était aggravée au cours des derniers mois. Dans le prolongement immédiat de cette audition corroborée par des attestations médicales, le conjoint violent se vit notifier une ordonnance portant interdiction de paraître au domicile conjugal ainsi qu'au domicile des parents de son épouse. Pendant presque deux ans, aucun incident ne fut porté à la connaissance de la police, étant observé qu'en janvier 2011 la justice pénale autrichienne condamna le mari violent à trois mois d'emprisonnement assortis d'un sursis avec mise à l'épreuve. Au printemps 2012, Mme Kurt engagea une procédure de divorce pour faute et déposa dans le même temps une plainte pénale des chefs de viol et menaces à l'encontre de son conjoint. À l'occasion de son audition par les enquêteurs, Mme Kurt précisa que son mari la frappait régulièrement et qu'il s'en prenait aussi aux enfants du

couple en les giflant. En considération de ce contexte familial imprégné de terreur, une nouvelle ordonnance d'interdiction fut alors délivrée à l'encontre du conjoint violent. Interrogé par les enquêteurs, ce dernier collabora avec la police en confessant être de temps en temps rude à l'égard de ses enfants mais seulement à des fins éducatives, et sans agressivité malveillante. Quelques jours après son interrogatoire, le mari de Mme Kurt se transporta vers l'école où ses enfants étaient scolarisés. Après avoir exprimé le souhait auprès d'une enseignante de s'entretenir avec son fils en privé, M. Kurt s'isola avec son enfant dans le sous-sol de l'établissement scolaire. Quelques instants plus tard, le corps sans vie de cet enfant était retrouvé, une balle dans la tête. À la suite d'un mandat d'arrêt délivré sans délai, la police entreprit immédiatement des recherches qui conduisirent à la découverte du corps de M. Kurt qui venait de mettre fin à ses jours dans sa voiture.

Dans le prolongement de ce drame familial, Mme Kurt engagea une action en responsabilité contre l'État autrichien en arguant du fait que la justice aurait dû placer son mari en détention provisoire eu égard au danger qu'il représentait pour sa famille. Après avoir été déboutée de son action par les juridictions nationales, Mme Kurt s'est alors tournée vers la justice européenne. Au soutien de sa requête, Mme Kurt alléguait principalement une violation de l'article 2 de la Convention au motif que l'État autrichien aurait manqué à son obligation positive de protection du droit à la vie de son enfant en s'abstenant de priver son mari de sa liberté d'aller et de venir.

À l'impossible, nul n'est tenu !

En substance, la Cour de Strasbourg était donc appelée à se prononcer sur la question de savoir si les autorités autrichiennes avaient réagi avec la promptitude, la rigueur et la diligence imposées par les circonstances.

Pour déterminer si l'obligation positive de protection de la vie a bien été respectée en l'espèce, la Cour attache tout d'abord une grande importance à la réactivité des autorités autrichiennes. Le temps séparant les faits de violence dénoncés de l'ouverture de l'enquête, puis du prononcé de l'ordonnance portant interdiction de paraître au domicile conjugal est ainsi scruté très attentivement. Pareillement, la Cour de Strasbourg examine tout aussi minutieusement le délai qui s'est écoulé entre les accès de violence du mari et le jugement emportant la condamnation pénale de ce dernier (six mois seulement). À la lumière de ses constatations chronologiques et factuelles, la Cour européenne des droits de l'Homme parvient à la conclusion que les autorités autrichiennes ont à chaque fois réagi immédiatement et sans retard aux signalements effectués par Mme Kurt. Poursuivant leur raisonnement, les juges européens se sont ensuite efforcés, dans la sincérité de leur conscience, de répondre à la question suivante : sur la base des informations disponibles à l'époque des faits, les autorités autrichiennes auraient-elles dû savoir que M. Kurt représentait un risque réel et immédiat pour la vie de son fils en dehors des lieux auxquels l'ordonnance d'interdiction s'appliquait, risque auquel seul le placement de l'intéressé en détention provisoire aurait pu parer ?

Déontologie et sécurité

En même temps qu'il était connu pour ses accès de violence à l'égard de ses enfants dès le printemps 2012, M. Kurt ne s'était jamais comporté de manière agressive et brutale en dehors du domicile conjugal avant le jour de sa folie meurtrière. Forte de ce constat, la Cour de Strasbourg en conclut que « les menaces n'étaient pas indicatives de l'existence d'un risque immédiat pour la vie des enfants en dehors de leur résidence familiale ». Bien mieux, jusqu'au jour funeste, M. Kurt s'était toujours montré très soucieux de collaborer avec les forces de l'ordre et rien ne permettait de savoir que l'intéressé détenait une arme à feu ou cherchait à s'en procurer une. En considération de tous ces éléments, les juges européens estiment alors que « les autorités étaient en droit de considérer que l'ordonnance portant interdiction de paraître au domicile conjugal suffisait à protéger la vie et l'intégrité physique de la requérante et de ses enfants ». Devant l'impossibilité de détecter ce qui allait par la suite caractériser un meurtre prémédité, l'État autrichien est ainsi disculpé. Ce faisant, la Cour de Strasbourg reconnaît que les policiers autrichiens sont des humains comme les autres et non des humains mutants. À l'instar des magistrats et de tous les autres professionnels du droit, les enquêteurs n'ont pas le don de la précognition contrairement aux « précogs » mis en scène par Steven Spielberg dans Minority Report. Vienne en 2012 n'est fort heureusement pas Washington en 2054 : à l'heure de la justice prédictive et de l'intolérance au risque et à l'imprévisibilité du comportement humain, cette décision très circonstanciée est au final courageuse. Il est légitime de condamner un État pour n'avoir pas prévu ce qui pouvait raisonnablement l'être. Pareillement, il est juste de condamner un État qui n'a pas normalement réagi face à un risque à la fois réel et immédiat. Reconnaître la responsabilité d'un

État dans d'autres circonstances et singulièrement en présence d'un risque imprévisible et insurmontable serait particulièrement hasardeux.

Droit de l'espace numérique

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

LÉGISLATION

LOI n° 2019-810 du 1er août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles

Afin de préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale, la loi soumet à une autorisation du Premier ministre l'exploitation sur le territoire national de tous dispositifs matériels ou logiciels permettant de connecter les terminaux des utilisateurs finaux au réseau radioélectrique mobile, à l'exception des réseaux de quatrième génération et des générations antérieures qui, par leurs fonctions, présentent un risque pour la permanence, l'intégrité, la sécurité, la disponibilité du réseau, ou pour la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications, à l'exclusion des appareils installés chez les utilisateurs finaux ou dédiés exclusivement à un réseau indépendant, des appareils électroniques passifs ou non configurables et des dispositifs matériels informatiques non spécialisés incorporés aux appareils.
Le texte a été commenté dans la veille juridique de juin 2019 (p. 16-20).

Droit de l'espace numérique

LOI n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés

Les entreprises du secteur numérique ne paient pas toujours un impôt à la hauteur des revenus qu'elles génèrent depuis le territoire français. Au-delà des aspects économiques, c'est une véritable atteinte à la souveraineté nationale, si l'on considère que la fiscalité en est l'un des piliers. Le système du « sandwich irlandais » permet de rapatrier les profits sur cet État qui appartient à l'Union européenne, mais qui se distingue par une fiscalité sur les entreprises très inférieure à celle que nous connaissons en France (12,5 % au lieu de 28 ou 33,3 %). Au sein d'une Europe qui défend le principe du Marché unique, cela peut surprendre… L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a engagé, après le sommet de Saint-Pétersbourg (septembre 2013), un plan d'action visant à lutter contre les pertes de recettes entraînées par les stratégies d'optimisation fiscale. Le « paquet BEPS[1]» (« érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices ») tente d'adapter le système fiscal international à la numérisation de l'économie. Depuis le changement d'attitude des États-Unis, en 2018, les négociations multilatérales progressent et un accord pourrait intervenir d'ici à 2020 ou 2021. Le récent sommet du G20 à Fukuoka a montré que l'existence de la TSN était un facteur de dynamisme dans ces négociations.
Dans ce contexte, la France pensait initialement régler la question

1. « Base erosion and profit shifting »

en s'appuyant sur sa propre législation, mais la juridiction administrative lui a donné tort. En effet, s'agissant de Google INC., le tribunal administratif de Paris (TA Paris, 19 juillet 2017, Google INC.) a jugé que Google Ireland Limited ne disposait pas en France, en la personne morale de Google France, d'un tel établissement stable respectant deux conditions cumulatives : la dépendance de Google France vis-à-vis de Google Ireland Limited et le pouvoir du premier d'engager juridiquement le second : « GF ne pouvait engager juridiquement GIL car les salariés de GF ne pouvaient procéder eux-mêmes à la mise en ligne des annonces publicitaires commandées par les clients français, toute commande devant en dernier ressort faire l'objet d'une validation de GIL ».

Face à cette impasse, le gouvernement français a souhaité engager l'Union européenne dans une démarche collective avec les ministres des Finances allemand, italien et espagnol afin d'obtenir une « taxe d'égalisation », dont l'assiette serait le chiffre d'affaires généré en Europe et non plus le profit des entreprises. Lors de la réunion des ministres des Finances européens organisée à Tallinn, en Estonie (16-17 septembre 2017), Bruno Le Maire a signé une lettre conjointe avec les ministres de l'Économie et des Finances de 9 autres États membres : l'Allemagne, l'Autriche, la Bulgarie, l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie. À cette occasion, M. Juncker a déclaré : « Dans le secteur numérique, les taxes doivent être payées là où elles sont dues ». La Commission européenne a fait des propositions, le 21 mars 2018, pour « une taxation équitable et efficace ». Deux projets de directive devaient, à court terme, mettre en œuvre à titre temporaire une taxe sur le chiffre d'affaires en attendant

d'introduire, à long terme, un critère de « présence numérique significative » dans les règles de taxation internationale.
Le taux retenu était de 3 % du chiffre d'affaires et devait rapporter entre 5 à 8 milliards d'euros. Un accord devait aboutir fin 2018. Mais c'était sans compter sur l'opposition de l'Irlande (et pour cause…), de la Finlande, du Danemark et de la Suède et une certaine frilosité de l'Allemagne qui désirait reporter cette taxation après l'échec éventuel d'un accord international conclu au sein de l'OCDE.
Dans ce contexte, la France a décidé de légiférer « à titre temporaire », la loi devenant caduque si l'accord précité est signé.

La loi définit les services taxables :
- Les services d'intermédiation[2], notamment les places de marché, qui mettent à disposition, par voie de communications électroniques, une interface numérique qui permet aux utilisateurs d'entrer en contact avec d'autres utilisateurs et d'interagir avec eux, notamment en vue de la livraison de biens ou de la fourniture de services directement entre ces utilisateurs[3] ;
- La publicité ciblée, services commercialisés auprès des annonceurs ou de leurs mandataires, visant à placer sur une interface numérique des messages publicitaires orientés en fonction de données relatives à l'utilisateur qui la consulte ou collectées ou générées à l'occasion de la consultation de telles interfaces.
Ce périmètre exclut les services de mise à disposition de contenus

2. Exclus dans le compromis franco-allemand présenté au Conseil, le 21 décembre 2018, qui ne portait que sur la publicité.
3. Est toutefois exclue de la taxation l'utilisation de l'interface pour fournir aux utilisateurs des contenus numériques, des services de communications ou des services de paiement, au sens de l'article L. 314-1 du Code monétaire et financier.

numériques et l'e-commerce.
Seules sont assujetties les entreprises dont le chiffre d'affaires mondial dépasse 750 millions d'euros et qui dépassent le seuil de 25 millions d'euros de services fournis en France. Le taux de la taxe est de 3 % du montant hors TVA des sommes encaissées en contrepartie d'un service taxable fourni en France. La taxe vise à appréhender la valeur générée par le « travail gratuit » des utilisateurs situés en France.
L'utilisateur d'une interface numérique est localisé en France s'il la consulte au moyen d'un terminal situé en France. La localisation en France de ce terminal est déterminée par tout moyen, y compris en fonction de son adresse IP (protocole Internet), dans le respect des règles relatives au traitement de données à caractère personnel.
La loi est rétroactive au 1er janvier 2019. Selon les estimations de Bercy, elle devrait rapporter environ 400 millions d'euros.
Cette loi, abusivement appelée « loi GAFA », va concerner une trentaine d'entreprises, selon les estimations avancées lors des débats parlementaires.
À peine était-elle approuvée par le Parlement que le président américain, au-delà de tweets injurieux, a demandé au Département du commerce extérieur une enquête sur son impact, avec une menace non voilée de rétorsions, notamment sur les vins français. Il est soutenu par la Computer and Communications Industry Association. Amazon a annoncé qu'il allait répercuter la taxe sur les boutiques « Market Place ».
La France avance seule au premier rang. D'autres pays ont des projets plus ou moins aboutis. Le Royaume-Uni a annoncé une taxe de 2 % sur les « services numériques » qu'il prévoit de prélever sur

les revenus britanniques des grandes enseignes de la technologie tels qu'Amazon, Google et Apple, en fonction des revenus générés par ces services, notamment la publicité et le divertissement en continu. L'entrée en vigueur est prévue en avril 2020. L'Italie a adopté une loi qui n'est pas encore entrée en application.

« La France est un État souverain, elle décide souverainement de ses dispositions fiscales », comme l'a rappelé Bruno Le Maire, le 11 juillet 2019, devant le Sénat. Mais pour éviter une bataille fiscale entre David et Goliath, un accord européen est nécessaire, sauf si un consensus international se dessine. Des progrès ont été accomplis lors du sommet du G7 Finances, à Chantilly, le 18 juillet 2019. Les États se sont mis d'accord pour taxer les activités en présence physique, en particulier les activités numériques.

Cette avancée s'est concrétisée, le 26 août 2019, lors du sommet du G7 de Biarritz. Les négociations secrètes et parallèles menées par Bruno Le Maire et son homologue américain, Steven Mnuchin, ont abouti à une position commune. L'OCDE, au sein de laquelle les discussions entre 134 pays semblent aboutir, devrait proposer un accord mondial. Dès son entrée en vigueur, pour éviter une double taxation, la France suspendra sa loi et, le cas échéant, remboursera aux entreprises le trop-perçu... Contrairement aux idées reçues, il est encore possible pour un État de faire valoir son droit face aux géants du numérique... La France l'a fait de manière isolée. Hier critiquée, demain suivie. C'est un bel exemple d'expression de la souveraineté à l'heure où elle est remise en cause par un Internet (presque) sans frontière. L'Europe a incontestablement manqué une occasion d'exister sur la scène internationale.

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-40/17), arrêt du 29 juillet 2019, Fashion ID GmbH & Co. KG/ Verbraucherzentrale NRW eV

Est considéré comme « responsable de traitement » de données à caractère personnel le gestionnaire d'un site Internet qui insère sur son site un bouton « j'aime » de Facebook par le biais duquel ce réseau social obtient automatiquement des données personnelles de l'utilisateur, qu'il soit ou non titulaire d'un compte, qu'il ait ou non actionné la fonctionnalité. Cette responsabilité est cependant limitée à l'opération ou à l'ensemble des opérations de traitement des données à caractère personnel dont le gestionnaire du site détermine les finalités et les modalités de la collecte et de la communication par transmission des données considérées.

L'arrêt est relatif à un litige opposant Fashion ID, société de vente en ligne d'articles de mode, à la Verbraucherzentrale, association allemande de protection de consommateurs.
Cette association dénonce le fait que l'introduction d'un plugiciel, le bouton « j'aime » de Facebook, sur le site de Fashion ID entraîne automatiquement la transmission de données à caractère personnel du visiteur à Facebook Ireland. Cette transmission s'opère, par un simple lien externe, sans que le visiteur en soit conscient et indépendamment du fait qu'il soit membre du réseau social Facebook ou qu'il ait cliqué sur le bouton « j'aime » de

Facebook. Ainsi sont notamment transférées des informations sur son adresse IP. Il est toutefois établi que le gestionnaire du site Internet ne peut pas déterminer les données que le navigateur transmet, ni l'usage qu'en fait le réseau social, en particulier s'il décide de les stocker et de les exploiter. Selon l'association plaignante, ce dispositif serait contraire aux dispositions de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (auj. RGPD). La transmission de données s'effectue sans le consentement des visiteurs de Fashion ID, en violation des obligations d'information prévues par la directive.

En première instance, le tribunal régional de Düsseldorf (Landgericht Düsseldorf) a jugé que Fashion ID était responsable du traitement. Le site a fait appel, considérant qu'il n'a aucune influence sur les données transmises par le navigateur du visiteur de son site Internet et qu'il ignore l'usage qu'en fera Facebook Ireland. Saisi en appel, le tribunal régional supérieur de Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) se demande notamment à qui incombent les obligations d'obtention du consentement et d'information des personnes concernées par le traitement des données à caractère personnel dans une situation telle que celle qui lui est soumise. Dans le doute, il pose plusieurs demandes de décisions préjudicielles. S'agissant de la responsabilité de Fashion ID, elle demande à la CJUE si « dans un cas comme celui de l'espèce, où quelqu'un insère dans son site un code programme permettant

au navigateur de l'utilisateur de solliciter des contenus d'un tiers et de transmettre à cet effet au tiers des données à caractère personnel, celui qui fait l'insertion est-il "responsable du traitement", au sens de l'article 2, sous d), de la directive [95/46], lorsqu'il ne peut avoir lui-même aucune influence sur ce processus de traitement des données ? ». Les autres questions portent sur le recueil du consentement et les obligations d'information qui s'inscrivent dans une pluralité d'acteurs.

Pour répondre à ces questions préjudicielles, la Cour rappelle que la directive définit le traitement de données à caractère personnel comme étant constitué par « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ». Selon la directive, la notion de « responsable du traitement » vise l'organisme qui, « seul ou conjointement avec d'autres », détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel. Cette notion ne renvoie pas nécessairement à un organisme unique et peut concerner plusieurs acteurs participant à ce traitement, chacun d'entre eux étant alors soumis aux dispositions applicables en matière de protection des données. Dans le cas d'espèce, la Cour tire de cette définition qu'un traitement de données à caractère personnel peut être constitué

d'une ou de plusieurs opérations, chacune d'entre elles visant l'un des différents stades que peut contenir un traitement de données à caractère personnel. Lorsque plusieurs acteurs déterminent conjointement les finalités et les moyens d'un traitement de données à caractère personnel, ils participent, en tant que responsables, à ce traitement.

Fashion ID a installé un plugiciel qui permet, via le réseau social, de bénéficier d'un avantage commercial en favorisant la publicité pour ses produits. Facebook Ireland en tire un profit, compte tenu de la valeur des données à caractère personnel ainsi récoltées.

Fashion ID influe de manière déterminante sur la collecte et la transmission des données à caractère personnel des visiteurs de son site au profit de Facebook Ireland, qui ne pourrait s'opérer en l'absence du plugiciel. Les deux bénéficiaires doivent justifier chacun d'un intérêt légitime à la collecte des données. L'existence d'une responsabilité conjointe n'entraîne pas nécessairement une responsabilité équivalente des différents acteurs, pour un même traitement de données à caractère personnel. La CJUE exclut que Fashion ID détermine les finalités et les moyens des opérations de traitement de données à caractère personnel ultérieures, effectuées par Facebook Ireland après leur transmission à cette dernière, de sorte que Fashion ID ne saurait être considérée comme étant responsable de ces opérations. Le recueil du consentement et l'obligation d'information ne concernent que l'opération ou l'ensemble des opérations de traitement des données à caractère personnel dont Fashion ID détermine les finalités et les moyens.

Les entreprises qui intègrent un plugiciel « j'aime » ne peuvent plus abandonner la responsabilité du traitement de données à Facebook. Cette pratique pourrait être freinée par la décision de la

CJUE. Les sites Internet doivent demander le consentement de l'internaute si elles veulent maintenir le bouton « j'aime », véritable aspirateur de données à caractère personnel.

Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-193/18), arrêt du 13 juin 2019, Google LLC/ Bundesrepublik Deutschland

Un service de messagerie électronique sur Internet ne comprenant pas un accès à Internet, tel que le service Gmail fourni par Google LLC, ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques et ne constitue donc pas un « service de communications électroniques ».

Un litige oppose Google LLC à la République fédérale d'Allemagne au sujet de la décision de l'Agence fédérale des réseaux pour l'électricité, le gaz, les télécommunications, la poste et les chemins de fer (BNetzA) constatant que le service de messagerie électronique Gmail de Google constitue un service de télécommunications et lui enjoignant en conséquence, sous peine d'astreinte, de se conformer à son obligation de déclaration.
Gmail est un service dit « hors offre du fournisseur d'accès à l'Internet », disponible sur Internet sans la participation d'un opérateur de communications traditionnel.
La demande de décision préjudicielle du tribunal administratif supérieur du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie porte sur l'interprétation de la directive-cadre 2002/21/CE du Parlement

européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009.

L'article 2 c) de la directive cadre définit ainsi le « service de communications électroniques » : « service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus ; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34 qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ».
Pour le tribunal administratif, le service Gmail ne modifie pas le contenu mais le fractionne en plusieurs paquets (commutation par paquets) transmis au destinataire au moyen des protocoles TCP-IP (Transmission Control Protocol – Internet Protocol) et Simple Mail Transfer Protocol (protocole de transfert de courrier simple SMTP).
Google achemine le courrier à son destinataire par le biais de serveurs de messagerie électronique qui envoient les paquets de données après avoir identifié le destinataire au moyen du DNS (domain name system), selon des itinéraires aléatoires en vertu du

principe du « best effort ».

Le tribunal administratif supérieur du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie pose à la CJUE la question préjudicielle suivante : la notion de « services qui consistent entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques » figurant à l'article 2, sous c), de la directive-cadre doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle inclut ou peut inclure les services de messagerie électronique sur Internet qui sont mis à disposition à travers l'Internet ouvert sans pour autant comprendre un accès à Internet ?

La CJUE ne va pas reconnaître cette qualité à Gmail. Pour la juridiction, il est constant que le fournisseur d'un service de messagerie sur Internet, tel que Gmail, réalise une transmission de signaux. Pour autant, il ne saurait en être conclu que les opérations réalisées par Google pour assurer le fonctionnement de son service de messagerie sur Internet constituent un « service de communications électroniques », au sens de l'article 2, sous c), de la directive-cadre, dès lors que ce service ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques.

Ce sont, d'une part, les FAI des expéditeurs et des destinataires de courriers ainsi que, le cas échéant, des prestataires de services de messagerie sur Internet et, d'autre part, les gestionnaires des différents réseaux constituant l'Internet ouvert qui assurent, pour l'essentiel, la transmission des signaux nécessaires au fonctionnement de tout service de messagerie sur Internet et qui en assument la responsabilité. « Le fait que le fournisseur d'un service de messagerie sur Internet intervienne activement dans les

opérations d'envoi et de réception des messages, que ce soit en attribuant les adresses IP des équipements terminaux correspondant aux adresses de courrier électronique ou en procédant au découpage desdits messages en paquets de données et à leur introduction dans l'Internet ouvert, ou à leur réception de l'Internet ouvert, en vue de leur acheminement vers leurs destinataires, n'apparaît pas suffisant pour que ledit service puisse, sur le plan technique, être considéré comme consistant « entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques », au sens de l'article 2, sous c), de la directive-cadre ».

L'arrêt de la CJUE conclut : « L'article 2, sous c), de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), telle que modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, doit être interprété en ce sens qu'un service de messagerie électronique sur Internet ne comprenant pas un accès à Internet, tel que le service Gmail fourni par Google LLC, ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques et ne constitue donc pas un "service de communications électroniques" au sens de cette disposition ».

Droit de l'espace numérique

Lieutenant Océane GERRIET

La responsabilité est le prix à payer pour le succès de ses commentaires Facebook !

TGI de Paris, 17ème Ch. ordonnance du juge de la mise en état du 19 juin 2019

Comme le rappelait Winston Churchill, la responsabilité s'accompagne de son lot de sacerdoces. À l'heure d'Internet et des médias sociaux, les élus de République ont également investi le cyberespace dans un souci de proximité et de transparence. Toutefois, par ce biais, ils exposent la responsabilité de la personne publique qu'ils incarnent, tout comme la leur. Le tribunal de grande instance (TGI) de Paris a rappelé cette subtile distinction dans le cadre de propos tenus sur Facebook. Il conclut que, s'ils sont tenus à partir d'un compte propre et personnel, les propos « ne relèvent pas [des] fonctions d'élue » et engagent donc la responsabilité personnelle de l'utilisateur, et de jure, la compétence du juge judiciaire.

« L'animal politique » jouit pourtant d'une liberté d'expression renforcée. Garantie par les dispositions de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la liberté d'expression est considérée comme un pilier de la société démocratique par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Elle vaut « non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées

comme inoffensives ou indifférentes, mais **aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent** »[1]. Concernant la chose politique, la CEDH va plus loin en affirmant que « (…) la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général », car « il est fondamental (...) de défendre le libre jeu du débat politique », de sorte que les restrictions nécessitent des « raisons impérieuses »[2/3] . La Cour de cassation a fait sienne cette interprétation en considérant que des propos, certes outrageants, mais exprimés sur « un mode satirique[4], dans un contexte polémique, au sujet des idées prêtées au responsable d'un parti politique ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression »[5].

Néanmoins, toute liberté comporte ses exceptions, de surcroît lorsque l'élu outrepasse sa fonction ou revêt son habit d'homme ordinaire.

Dans la présente affaire, Mme Y, maire d'une commune, avait publié sur la page Facebook de sa mairie un commentaire où elle mettait en cause l'élue la précédant : « Mme X. je connais un code

1. CEDH, Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976.
2. CEDH, Féret c. Belgique, 10 décembre 2009, n° 15615/07.
3. Pour exemple, tenir des propos visant à porter atteinte, affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs démocratiques (CEDH, Parti de la prospérité et autres c. Turquie, 13 février 2003, n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 ou encore CEDH, Orban et autres c. France, 15 janvier 2009, n° 20985/08).
4. Sur la notion de satire, qui doit s'entendre comme « toute forme d'exagération et de déformation de la réalité visant à provoquer ou agiter », cf. CEDH, Féret c. Belgique, op.cit. note 2.
5. Crim., 20 septembre 2016, n° 15-82.942.

pénal qui interdit aux anciens élus de voler des biens appartenant à la collectivité. Si vous voulez que nous rappelions sur cette page votre refus de restitution et notre menace de dépôt de plainte pour du matériel électronique appartenant à la collectivité après votre défaite, on peut ». Ce commentaire avait été posté de son compte personnel. L'élue visée a assigné l'intéressée pour diffamation devant le TGI de Paris. En application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, issu de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, les avocats de la défense ont plaidé la nullité de l'assignation en raison de l'incompétence du juge judiciaire pour apprécier « les conséquences dommageables d'une faute d'un agent public qui ne revêt pas le caractère d'une faute personnelle et détachable de la fonction ». Ils estimaient que les propos tenus par la mairesse l'étaient en sa qualité de maire et engageaient par conséquent la responsabilité de la personne publique. Pour les juges, cette allégation ne saurait prospérer.

D'une part, les juges rappellent que « la circonstance que les propos aient été publiés sur la page Facebook de la commune est indifférente, dans la mesure où, **pour apprécier la nature du comportement reproché, il convient d'examiner le compte Facebook, à partir duquel ont été publiés les passages litigieux** ». Or, les constats d'huissiers révèlent qu'« il n'est pas contesté que le compte utilisé pour la publication **est le compte Facebook personnel [de Mme Y]**, et non un compte consacré à ses activités de maire ou à la commune ». D'autre part, le TGI de Paris estime ici qu'il n'y a pas besoin « d'examiner le caractère personnel

et détachable des fonctions de la faute reprochée », car « **la publication litigieuse (…) ne relève pas de ses fonctions d'élus (…), ni ne ressort d'une activité d'un agent public** ». Ils rejettent ainsi l'exception d'incompétence. Dès lors, sans qu'il soit besoin d'analyser la nature des propos, et donc le caractère détachable des fonctions, le caractère personnel du compte du réseau social suffit à caractériser la faute personnelle de l'agent.

Cette lecture est conforme à la position de la Cour de cassation qui a déjà eu l'occasion d'apprécier les propos tenus sur un autre réseau social : Twitter[6]. Dans ce cas d'espèce, un maire avait diffusé un extrait d'un projet de film porté par un élu de l'opposition lors d'un conseil municipal. Le tout était retranscrit en direct sur le site de la mairie. Ce film comportait des scènes où figuraient « des jeunes femmes presque totalement dénudées dans des positions lascives » et avait été tourné notamment dans les locaux de la mairie. Le maire, offusqué, déclara : « l'image de la ville est terriblement ternie par cet acte » et relaya sur son compte Twitter personnel des articles de presse évoquant « le tournage d'un film pornographique » dans la mairie. L'élu de l'opposition assigna le maire en diffamation devant le juge judiciaire. Le maire souleva l'exception d'incompétence au profit du juge administratif, estimant que ses propos étaient tenus es qualité. La Cour de cassation distingue ceux tenus lors du conseil municipal de ceux tenus sur Twitter. S'agissant de ces derniers, ils ont été tenus sur **un compte personnel « libellé au nom de l'intéressé, sans autre précision** », de sorte que rien ne pouvait prétendre qu'il s'agissait

6. Crim., 11 décembre 2018, n° 17-85159.

de celui du maire, ainsi il engage sa responsabilité personnelle. Les propos tenus lors du conseil municipal l'ont, quant à eux, été dans le cadre de l'exercice de ses fonctions d'élu, il appartenait donc aux juges d'analyser leur nature. La Cour de cassation confirme l'appréciation portée par les juges du fond qui soulignent que le maire a fait preuve « d'une animosité personnelle » à l'égard du plaignant en donnant une « présentation trompeuse des séances réellement tournées dans les locaux de la mairie, faisant croire au public » que toutes les scènes, dont les scènes litigieuses, y avaient été tournées. Ses propos étaient donc constitutifs d'une faute détachable du service engageant sa responsabilité personnelle. Dès lors, l'exception d'incompétence doit être rejetée.

Par analogie, cette jurisprudence appelle à la prudence l'ensemble des « community managers » (CM) institutionnels désormais présents sur les médias sociaux. Devenus de véritables acteurs de la communication, leurs messages sont ainsi « likés », « retweetés » et « partagés » des milliers de fois. Si certains peuvent faire sourire, à l'instar du compte Twitter de la SNCF invitant à se rendre à « Dunquerque »[7] , d'autres peuvent déclencher de véritables polémiques. Ce fut le cas de ce même CM qui, répondant à une personne s'interrogeant sur la possibilité de prendre le train pour les personnes à faibles revenus, déclara : « Et comment [font-elles] pour s'acheter un smartphone de dernière génération ? Même débat et je pense que c'est compréhensible même pour les gens qui

7. Quand la SNCF ne sait pas écrire Dunkerque, bfmbusiness.bfmtv.com, février 2018 [Consulté le 22 août 2019]. Disponible sur : https://bfmbusiness.bfmtv.com/entreprise/quand-la-sncf-ne-sait-pas-ecrire-dunkerque-1368266.html

n'ont pas bac+7 »[8]. Immédiatement, la SNCF a publié ses excuses et averti qu'elle avait « sévèrement » rappelé à l'ordre l'intéressé.

Récemment, des utilisateurs de Facebook ont signalé au CM de la gendarmerie des propos déplacés à l'égard de la mort de Steve en marge de la fête de la musique de Nantes. Ces derniers étaient tenus par des utilisateurs affichant publiquement leur appartenance à l'Institution. Une enquête administrative a été ouverte par l'inspection générale de la gendarmerie nationale[9].

Comme nous l'avons rappelé dans la veille juridique de septembre 2018 à propos du devoir de réserve des agents publics, « le silence est d'or, la parole d'argent ». Ainsi, qu'importe la fonction, mieux vaut tourner sa souris plusieurs fois avant de cliquer sur « envoyer ».

8. NADEAU, Louis, Si les pauvres ne peuvent pas prendre le train, tant pis pour eux, et c'est le CM de la SNCF qui le dit, marianne.net, juin 2019 [Consulté le 22 août 2019]. Disponible sur : https://www.marianne.net/societe/si-les-pauvres-ne-peuvent-pas-prendre-le-train-tant-pis-pour-eux-et-c-est-le-cm-de-la-sncf

9. Mort de Steve - Après des moqueries sur Facebook, un gendarme convoqué, estrepublicain.fr, 31 juillet 2019 [Consulté le 22 août 2019]. Disponible sur : https://www.estrepublicain.fr/faits-divers-justice/2019/07/31/mort-de-steve-apres-des-moqueries-sur-facebook-un-gendarme-convoque

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

JUSTICE PÉNALE DES MINEURS

Ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs, JORF n° 0213 du 13 septembre 2019

L'ordonnance du 11 septembre 2019 modifie les dispositions du Code pénal, du Code de procédure pénale, du Code de l'action sociale et des familles, d'autres Codes et abroge l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. Les dispositions annexées à cette ordonnance constituent la partie législative du Code de la justice pénale des mineurs (CJPM) et entrent en vigueur le 1er octobre 2020. Un régime transitoire particulier est prévu par l'ordonnance. Les dispositions de ce nouveau Code sont applicables à toutes les poursuites engagées à compter de son entrée en vigueur, donc indépendamment de la date de commission des infractions. Cette analyse est conforme au principe d'application immédiate des lois de procédure. En revanche, l'ordonnance prévoit que les poursuites engagées avant sa date d'entrée en vigueur restent régies par les dispositions anciennes et, plus particulièrement, par l'ordonnance du 2 février 1945. Une disposition particulière étonne. L'article 10, alinéa 3, prévoit « Toutefois, les dispositions du code de la justice pénale des mineurs relatives aux mesures de sûreté s'appliquent immédiatement lorsqu'elles sont plus favorables aux mineurs à l'encontre desquels ces poursuites sont engagées ». Cette disposition présentée comme spéciale est en réalité la solution

normale du conflit d'application dans le temps en raison de deux règles. D'une part, les mesures de sûreté ne sont pas soumises au principe de non-rétroactivité, sauf caractère privatif de liberté, et s'appliquent à des faits commis avant leur entrée en vigueur à cause de leur fondement, la dangerosité étant concomitante à la procédure, et de leur fonction de traitement et de resocialisation. D'autre part, les sanctions pénales, de quelque nature qu'elles soient, s'appliquent immédiatement en cours de procédure à des faits commis avant leur création, si elles ont un caractère plus doux et qu'elles sont favorables à la personne poursuivie.
L'article 122-8 du Code pénal est modifié : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge, dans des conditions fixées par le code de la justice pénale des mineurs ». Le principe de la responsabilité pénale des mineurs conditionnée par leur discernement reste inchangé, la rédaction étant simplifiée par le renvoi à une norme unique de référence, le Code de la justice pénale des mineurs. La nouvelle rédaction rappelle le principe fondamental reconnu par les lois de la République tel qu'il a été consacré par une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel qui est celui de l'atténuation de leur responsabilité pénale « en raison de leur âge ».

Le CJPM est construit sur un plan simple. Le Titre préliminaire, consacré aux principes, est suivi de sept Livres d'importance inégale. Le premier Livre traite des mesures éducatives et des peines, les sanctions éducatives étant exclues puisqu'elles ne constituent pas des sanctions de nature pénale. Le Livre VI le

complète en définissant les règles relatives à l'application des peines et mesures éducatives. Les Livres II à V sont tournés vers la procédure et traitent de la spécialisations des acteurs (II) des dispositions communes aux différentes phases de la procédure pénale (III), avec des dispositions particulières visant la procédure préalable au jugement (IV) ou du jugement (V). Classiquement, le dernier Livre contient des dispositions spécifiques à l'Outre-mer. Le CJPM a adopté une numérotation structurale, les chiffres indiquant, en premier lieu le Livre, ensuite le titre et enfin, le chapitre. Le chiffre apparaissant après ces trois premiers chiffres, indiqué par un tiret, représente la place à proprement parler de l'article.

Le Titre préliminaire retient plus spécifiquement l'attention, car il constitue la clé de lecture du nouveau dispositif substantiel et procédural mis en place à l'égard du mineur. Pour montrer son importance et sa prépondérance sur la totalité du dispositif mis en place, le législateur a choisi de l'isoler en le plaçant avant les autres Livres. La singularité est soulignée par le fait que ses articles sont signalés par seulement deux chiffres avant le numéro particulier de l'article. L'article L 11-1, donc premier article du CJPM, reprend le principe formulé par le Code pénal : « Lorsqu'ils sont capables de discernement, les mineurs, au sens de l'article 388 du code civil, sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils sont reconnus coupables ». Il semble important de noter que si l'ordonnance renvoie au Code civil pour définir le mineur, la personne âgée de moins de 18 ans, elle ne définit pas le discernement. Ainsi, le critère de la responsabilité pénale reste subjectif et soumis à l'appréciation du juge, toujours chargé de régler en premier la question de l'existence du discernement, pour

ensuite se pencher sur la responsabilité pénale. Mais ce principe de responsabilité pénale du mineur est aussitôt nuancé puisque le deuxième alinéa précise : « Les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement ». L'ordonnance de 2019 reprend la présomption d'irresponsabilité pénale des mineurs de 13 ans qui se déduisait de la version d'origine de l'ordonnance de 1945. En prévoyant que les tribunaux pour enfants, seuls compétents pour juges des crimes et délits commis par les mineurs, ne pouvaient pas prononcer de condamnation pénale à l'égard des mineurs de 13 ans, elle admettait indirectement une présomption d'irresponsabilité pénale en leur faveur. Pour les mineurs de plus de 13 ans et moins de 16 ans, il était possible d'écarter cette protection et de prononcer une sanction pénale si « les circonstances et la personnalité » du délinquant l'exigeaient. Les auteurs voyaient dans ce dispositif une présomption d'irresponsabilité dont la force variait selon l'âge de son bénéficiaire. Irréfragable pour les mineurs de 13 ans, elle devenait simple pour les mineurs de 16 ans et était écartée au-delà de cet âge.

L'ordonnance de 2019 simplifie le régime juridique de cette présomption dans le respect des exigences constitutionnelles et conventionnelles. Ainsi, seuls les mineurs de 13 ans bénéficient d'une présomption d'absence de discernement. En contrepartie, les mineurs de plus de 13 ans subissent une présomption d'existence de discernement. Mais ces deux présomptions sont nécessairement simples pour se conformer aux exigences posées par le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de cassation – la présomption cède devant la preuve contraire,

seule compensation acceptable devant une présomption qui pourrait venir contrecarrer la présomption d'innocence. Donc, le juge retrouve la liberté d'appréciation de la situation, mais il devra motiver sa décision par des motifs particuliers s'il compte aller à l'encontre de la présomption posée par le texte.

L'article L 11-2 du CJPM fixe les objectifs de l'action pénale exercée à l'encontre des mineurs, qui s'enrichit de nuances supplémentaires par rapport aux fonctions classiques de la peine : « Les décisions prises à l'égard des mineurs tendent à leur relèvement éducatif et moral ainsi qu'à la prévention de la récidive et à la protection de l'intérêt des victimes ». L'ordonnance commence par rappeler le principe constitutionnel du droit pénal des mineurs reposant sur la primauté de l'action éducative sur l'action répressive. Si la réaction à l'infraction est nécessaire, elle traduit surtout la prise en compte de l'intérêt éducatif du mineur et l'ordonnance reprend textuellement les mots employés par le Conseil constitutionnel dans de nombreuses décisions. Il est intéressant de noter que l'article ajoute une préoccupation classique de la peine relevant de la fonction de prévention spéciale qui consiste à empêcher la récidive et une facette renouvelée de la fonction de rétribution qui se tourne vers la prise en compte des victimes. La technique législative employée tend à assurer un équilibre entre la mansuétude témoignée à l'égard des mineurs en raison de leur jeune âge et de leur discernement imparfait et la nécessaire rigueur de la loi pénale en présence de la commission d'une infraction.

L'article L 11-3 fixe le champ d'action du droit pénal en disposant : « Les mineurs déclarés coupables d'une infraction pénale peuvent faire l'objet de mesures éducatives et, si les circonstances et leur personnalité l'exigent, de peines ». Si les sanctions prévues

semblent viser toutes les peines, elles ont vocation à s'appliquer notamment aux crimes et délits. La structure de l'article rappelle que le prononcé de la peine à l'égard du mineur est le dernier recours, lorsque les autres moyens sont inadaptés ou insuffisants. Ainsi, les sanctions de droit commun à l'égard des mineurs délinquants sont les mesures éducatives (l'avertissement judiciaire, la mesure éducative judiciaire, article L 111-1). Mais si ces dernières semblent insuffisantes, le juge pourra prononcer une peine, qu'il devra justifier et motiver spécialement par les circonstances ou la personnalité du mineur. Cette faculté n'est pas ouverte à l'égard des mineurs de 13 ans qui sont protégés de façon absolue du prononcé des peines (article L 11-4). Le CJPM dispose que la peine privative de liberté infligée au mineur ne peut être supérieure à la moitié de celle prévue à l'égard d'un majeur. Certaines peines ne peuvent être prononcées à l'égard des mineurs (la peine d'interdiction du territoire français, le jour amende, les interdictions de droits civils, civiques et de famille, etc., selon l'article L 121-1) et d'autres doivent être aménagées (travail d'intérêt général, sursis, etc., selon les articles L 122-1 et s.). Le dispositif mis en place reprend en très grande partie celui qui est actuellement en vigueur.

Le Titre préliminaire, dans son Chapitre II, énonce les principes généraux de la procédure pénale applicable aux mineurs, rappelant les règles d'organisation judiciaire, de compétence, ainsi que les formalités spécifiques. Selon les exigences répétées du Conseil constitutionnel, les mineurs pénalement responsables relèvent de juridictions spécialisées et sont jugés selon une procédure adaptée à leur jeune âge qui requiert une protection accrue. L'article L 12-1 rappelle les juridictions spéciales compétentes pour juger les

mineurs délinquants, qu'ils aient commis des crimes, des délits ou des contraventions : le juge des enfants, le tribunal pour enfants, le juge des enfants chargé spécialement des affaires concernant les mineurs, la Cour d'assises des mineurs, la chambre spéciale des mineurs de la Cour d'appel, la chambre de l'instruction spécialement composée en matière d'affaires concernant les mineurs. L'article 12-2 est plus original en ce qu'il charge un magistrat du ministère public spécialement chargé des affaires concernant les mineurs à soutenir l'action publique devant les juridictions du premier degré et le procureur général devant les juridictions d'appel. De manière plus classique, le CJPM protège l'intimité et la vie privée du mineur en restreignant la publicité des audiences (article L 12-3). Cette règle peut être mise en lien avec l'article L 13-3 disposant : « En aucune circonstance, l'identité ou l'image d'un mineur mis en cause dans une procédure pénale ne peuvent être, directement ou indirectement, rendues publiques ». Par ailleurs, il impose l'assistance de l'avocat à toute phase de la procédure (article L 12-4). Le mineur peut participer au choix de son avocat, mais l'article met surtout l'accent sur le fait que lorsque l'avocat a été désigné d'office, il convient « dans la mesure du possible », de veiller à une relative stabilité pour que le même avocat assiste le mineur à chaque étape de la procédure. On retrouve ici la philosophie du droit pénal des mineurs qui privilégie un fonctionnement des institutions et des juridictions de manière à créer, maintenir et privilégier un lien de confiance entre le mineur délinquant et ceux qui sont en charge de le juger ou de l'assister. L'ordonnance associe les représentants légaux à la procédure (article L 12-5), tout en veillant à ce que le mineur soit aussi personnellement informé de la procédure, imposant de fait une

obligation de double information. Les voies de recours peuvent être exercées par le mineur ou ses représentants légaux (article L 12-6), introduisant une initiative partagée, mais alternative, de contester les décisions rendues.

Dans un dernier chapitre consacré aux dispositions communes, le titre préliminaire règle la mécanique globale du dispositif et, notamment, son articulation avec les autres Codes. Le CJPM constitue la règle spéciale qui déroge et prévaut sur les règles générales prévues par le Code pénal et le Code de procédure pénale. Si cette disposition semble inutile, tant la règle sur laquelle elle est assise est incontestable, la précision selon laquelle, en l'absence de disposition particulière, les mineurs relèvent du droit commun, permet de mettre fin à tout doute ou discussion sur un éventuel vide ou oubli législatif (article L 13-1) : « Les dispositions législatives et réglementaires de droit pénal et de procédure pénale, notamment celles du code pénal et du code de procédure pénale, sont applicables aux mineurs, sauf lorsqu'il en est disposé autrement par les dispositions du présent code ». Le CJPM règle par anticipation et de manière générale les conflits de dispositions qui naissent fatalement de ce que la minorité est un état passager. En effet, il arrive fréquemment que le mineur ayant commis l'infraction soit majeur au moment du jugement. Le Code lui accorde un régime de faveur en décidant que « la juridiction compétente, la procédure applicable ainsi que les mesures et peines encourues sont déterminées selon l'âge du mineur à la date des faits », mais la règle n'est pas absolue, car le Code peut en disposer autrement.

Enfin, le titre préliminaire se termine par une ouverture de la procédure pénale vers la justice restaurative. Selon l'article 13-4,

« il peut être proposé à la victime et à l'auteur de l'infraction de recourir à la justice restaurative, conformément à l'article 10-1 du code de procédure pénale, à l'occasion de toute procédure concernant un mineur et à tous les stades de celle-ci, y compris lors de l'exécution de la peine, sous réserve que les faits aient été reconnus ». La référence à l'article 10-1 est apparente et le dispositif applicable au mineur se calque sur celui applicable au majeur, raison pour laquelle le CJPM ne reprend pas la définition des mesures de justice restaurative contenue dans le texte de référence. Mais la situation particulière du mineur suscite une double protection du mineur. D'une part, « la justice restaurative ne peut être mise en œuvre que si le degré de maturité et la capacité de discernement du mineur le permettent ». Il peut être noté que la référence au seul discernement ne suffit pas, le dispositif exige en plus un certain degré de maturité. D'autre part, la mesure doit recueillir « le consentement des représentants légaux », puisque les mesures de réparation ont une place importante dans ces dispositifs. Cet article permet d'établir la filiation de l'ordonnance du 11 septembre 2019 qui se rapproche considérablement de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Si plusieurs projet de CJPM ont été discutés, présentés, pressentis ces dernières années, l'ordonnance du 11 septembre 2019 s'inscrit dans le droit fil des réformes initiées en 2014.

Actualité pénale

PARQUET ANTITERRORISTE

Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice ; circulaire 1er juillet 2019, Crim-2019/17-GI/01.07.2019

La loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice, dans son article 69, a créé le Parquet national antiterroriste, dirigé par le procureur de la République antiterroriste et placé près le tribunal de grande instance de Paris. Si l'objectif poursuivi est de renforcer la réponse apportée au terrorisme, priorité nationale et internationale de la lutte contre la criminalité, la spécialisation du ministère public dans ce domaine prend en compte la nature juridique particulière de ce contentieux, la singularité des techniques d'enquête utilisées, la nécessaire maîtrise des mécanismes de coopération internationale et du contexte géopolitique en la matière. Sa compétence a été élargie aux crimes contre l'humanité, et crimes et délits de guerre, répondant aux mêmes exigences de centralisation, de spécialisation et de coopération pénale internationale. La circulaire du 1er juillet 2019 présente le Parquet antiterroriste et définit la manière dont son action sera coordonnée avec celle des Parquets locaux et l'appui apporté par les relais territoriaux.

En premier lieu, la création du Parquet antiterroriste nécessite des règles de compétence bien délimitées afin d'éviter tout risque de conflit avec le ministère public. La circulaire les précise en tenant compte des différentes étapes de la procédure. Le nouveau dispositif entre en vigueur au 1er juillet 2019, en vertu de l'article

Actualité pénale

112-1 du Code pénal consacrant le principe d'application immédiate des lois pénales de forme. La circulaire précise que les actes et formalités régulièrement accomplis par le Parquet de Paris avant le 1er juillet 2019 demeurent valables, sans qu'il y ait lieu de les renouveler. C'est une application particulière de la règle de l'article 112-4 du Code pénal rappelant que l'application immédiate de la loi nouvelle est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne.

En matière de poursuites, le Parquet antiterroriste est compétent pour les infractions terroristes (article 706-16 c. proc. pén.) ; les infractions relatives à la prolifération d'armes de destruction massive et leurs vecteurs (art. 706-67 c. proc. pén.) ; les crimes contre l'humanité et les crimes et délits de guerre (art. 628 c. proc. pén.) ; toutes les infractions connexes à ces qualifications ; les crimes de tortures commises par les autorités étatiques et les crimes de disparitions forcées (art. 628-10 c. proc. pén.).

En matière de jugement, le Parquet national antiterroriste représente le ministère public devant les formations correctionnelles du tribunal de Paris pour le jugement des délits relevant de son champ de compétence. Pour les crimes terroristes, il représente le ministère public devant la Cour d'assises spéciale en première instance, le Parquet général de Paris intervenant, quant à lui, en appel. Selon l'article 706-25, le procureur général doit se faire représenter par le procureur de la République antiterroriste ou l'un de ses substituts. La circulaire encourage le procureur général à déléguer au Parquet antiterroriste les audiences d'assises de première instance en matière de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, de tortures et de disparitions forcées. À cette fin, le Parquet général associera le Parquet national antiterroriste à

l'audiencement et à la préparation des audiences.
En matière post-sentencielle, le ministère public auprès des juridictions d'application des peines de Paris compétentes pour prendre les décisions concernant les personnes condamnées pour des infractions terroristes, est représenté par le Parquet national antiterroriste. Il dispose d'une compétence exclusive, tant lors des commissions de l'application des peines que lors des débats contradictoires qu'elles organisent ou lorsque ces dernières sollicitent son avis. S'agissant de l'exécution des peines prononcées par les juridictions de jugement spécialisées en matière d'infractions terroristes, le Parquet national antiterroriste est compétent en matière d'exécution des peines.
La circulaire prévoit le renforcement des capacités opérationnelles en cas de crise. L'article L. 217-5 du Code de l'organisation judiciaire crée une réserve opérationnelle de magistrats du Parquet de Paris à laquelle le procureur de la République antiterroriste peut recourir « lorsque le renforcement temporaire et immédiat» de son Parquet « apparaît indispensable pour assurer le traitement des procédures », notamment en cas d'attaque terroriste. Dans ces conditions, le procureur de la République antiterroriste peut requérir un ou plusieurs magistrats du Parquet de Paris dont les noms figurent sur une liste arrêtée par le procureur général près la Cour d'appel de Paris. Le procureur de la République antiterroriste doit préciser le motif et la durée des réquisitions auxquelles il procède et en informer le procureur général qui contrôle le respect des conditions.
La loi a créé le mécanisme de la délégation judiciaire (article 706-17-1 c. proc. pén.) qui permet au Parquet national antiterroriste, dans le cadre d'une enquête portant sur des faits de terrorisme, de

requérir de tout procureur de la République la réalisation des actes d'enquête qu'il détermine, afin de répondre efficacement à l'ampleur des investigations nécessaires. La circulaire vante ce nouveau mécanisme qui « permet au parquet local d'appuyer efficacement l'action du parquet national antiterroriste dans les hypothèses où celui-ci ne serait pas en mesure de procéder lui-même à la réalisation d'actes d'enquête présentant un caractère d'urgence et/ou nécessitant la présence d'un magistrat ». Néanmoins, la délégation judiciaire reste un mécanisme de coopération entre le Parquet national antiterroriste et les Parquets compétents et ne crée pas de rapport hiérarchique ni d'autorité du premier sur les seconds. La délégation judiciaire ne peut prescrire que des actes se rattachant directement à l'enquête pour laquelle elle a été délivrée, afin d'éviter tout détournement.

Ensuite, la circulaire coordonne l'action du Parquet national antiterroriste et des Parquets locaux puisque l'article 706-16 c. proc. pén. leur donne compétence concurrente en matière de lutte contre le terrorisme. Cependant, les Parquets locaux n'ont pas vocation à engager ou conduire des enquêtes ouvertes sous une qualification terroriste, sur le fondement des articles 421-1 à 421-6, sauf pour des infractions de provocation directe à des actes de terrorisme ou d'apologie publique de tels actes. Les procureurs de la République locaux, avisés de la commission d'un acte potentiellement terroriste sur leur ressort, doivent prendre immédiatement attache avec le Parquet national antiterroriste afin que celui-ci apprécie s'il entend se saisir des faits. Si le Parquet national antiterroriste ne se saisit pas, les Parquets territorialement compétents apprécieront l'opportunité de poursuivre les faits sous

une qualification de droit commun. Ce même circuit est prévu pour les crimes contre l'humanité, crimes et délits de guerre, tortures, au sens de la Convention de New York du 10 décembre 1984, les disparitions forcées, ainsi que pour les faits relatifs à la prolifération d'armes de destruction massive et leurs vecteurs. En aucun cas, un dessaisissement au bénéfice du Parquet national antiterroriste ne saurait avoir lieu sans attache préalable avec ce dernier.

Le Parquet national antiterroriste bénéficie donc d'une compétence spécifique qui prime sur celle des Parquets locaux, sauf pour les infractions prévues aux trois derniers alinéas de l'article 706-16 c. proc. pén., à l'instar de l'association de malfaiteurs pour commettre les infractions terroristes, qui ont vocation à être prioritairement poursuivies par les Parquets locaux. Cependant, une information du Parquet antiterroriste doit être réalisée dans des délais lui permettant d'envisager sa saisine, sauf en cas d'apologie et de provocation au terrorisme.

La gestion de la crise terroriste nécessite des règles souples afin de tenir compte du caractère d'urgence de la situation. En cas d'attaque susceptible de relever d'une qualification terroriste, le procureur de la République local prend immédiatement attache, si possible téléphoniquement, avec le Parquet national antiterroriste afin que celui-ci apprécie s'il entend se saisir des faits. Un magistrat du Parquet local se déplace immédiatement sur les lieux, où il doit veiller à assurer le gel de la scène de crime et vérifier que le périmètre de sécurité mis en place par les premiers intervenants est suffisant, notamment aux fins de prévenir tout risque de sur-attentat. Il est rejoint aussitôt que possible par des magistrats du Parquet antiterroriste. Dès lors que ce dernier est saisi, le magistrat

du Parquet territorial doit veiller à ne donner aucune consigne de direction d'enquête aux services de police et les procès-verbaux ne doivent laisser aucun doute sur ce point. La prise en compte des victimes se fait sous la direction unique du Parquet antiterroriste qui organise le recensement, le transport et les opérations conduisant à l'identification des victimes. Le magistrat du Parquet local continue de communiquer toute information utile au Parquet antiterroriste et doit rester joignable sur un numéro différent de celui de la permanence. Plus largement, la communication médiatique sur les faits doit demeurer centralisée et n'être exercée que par le parquet national antiterroriste et le Parquet local doit veiller à n'effectuer aucune communication et à ne transmettre aucune information aux médias. À son tour, le Parquet antiterroriste informe le Parquet local de sa décision de saisine ou non, des actes qu'il envisage de faire dans son ressort, des individus placé sous contrôle judiciaire, ou en situation d'aménagement ou d'exécution de peine.

Enfin, la circulaire précise le fonctionnement du maillage en matière de lutte contre le terrorisme et la radicalisation. L'action du Parquet national antiterroriste s'inscrit au sein de l'institution judiciaire : outre les magistrats référents en matière de terrorisme (instaurés par la circulaire du 5 décembre 2014, ils sont les points de contacts identifiés du Parquet national antiterroriste et centralisent toute information relevant d'une problématique de radicalisation violente), la loi du 23 mars 2019 a créé les magistrats délégués à la lutte contre le terrorisme (article L. 213-12 du Code de l'organisation judiciaire). Magistrats du ministère public, désignés dans certains ressorts limitativement désignés (Paris, Bobigny,

Créteil, etc.), ils remplissent des missions diverses : information du procureur de la République antiterroriste de tous les faits en lien avec des affaires en cours susceptibles de faire l'objet d'investigations de sa part ; identification de la menace terroriste dans son ressort ; suivi des personnes placées sous main de justice dans son ressort et qui sont identifiées comme étant radicalisées, etc. Dans ces ressorts, les magistrats délégués se substituent aux magistrats référents. Le procureur antiterroriste s'appuie sur ces magistrats délégués pour identifier la menace terroriste et peut les réunir régulièrement. Ces magistrats s'appuient sur des assistants spécialisés radicalisation qui sont chargés de mettre en place une veille active et un travail en réseau en collectant les informations, en produisant une analyse du phénomène de radicalisation local et/ou régional pour développer la politique pénale locale la plus appropriée.

L'articulation du Parquet national antiterroriste, des Parquets généraux et locaux, ainsi que de l'ensemble des magistrats et assistants, devrait assurer une lutte efficace et coordonnée contre le terrorisme.

Police administrative

Ludovic Guinamant

Un ressortissant afghan en situation de désertion ne peut se voir reconnaître le statut de réfugié

Cour nationale du droit d'asile, 5 juillet 2019, n° 18000865

M. O., de nationalité afghane, soutenait qu'il craignait d'être exposé à des persécutions ou à une atteinte grave, de la part des talibans, en cas de retour dans son pays d'origine, en raison des opinions politiques pro-gouvernementales qui lui étaient imputées par ces derniers, sans pouvoir se prévaloir utilement de la protection des autorités régulières afghanes. En effet, il avait intégré l'armée nationale afghane (ANA). Suite à l'enlèvement de son frère par les talibans, il a quitté son pays le 22 mars 2016 et est arrivé en France en juin de la même année. Après son départ du pays, il a appris que les talibans s'étaient présentés à plusieurs reprises à son domicile, et qu'ayant eu connaissance de sa fuite vers l'Europe, ils avaient assassiné son père en représailles. Depuis mai 2017, il n'a plus de contact avec son frère disparu.

La Cour actualise sa jurisprudence selon laquelle les soldats engagés par un contrat avec l'armée nationale afghane ne peuvent être considérés comme des civils au sens de l'article L. 712-1 c) du CESEDA qu'à la condition que la rupture de cet engagement ait été acceptée par l'institution militaire, ce qui par définition exclut les déserteurs (CNDA 24 janvier 2013 M. M. n° 12018368 C+).

La Cour, après avoir établi le statut de militaire du requérant, a jugé que les éléments du dossier et ses déclarations contradictoires et confuses ne permettaient pas d'établir les modalités alléguées de

la rupture de son engagement auprès de l'armée nationale afghane, ni de considérer qu'il aurait renoncé à servir au sein de celle-ci.

Un engagé volontaire de la brigade libyenne Al Khamis ne peut prétendre à la qualité de réfugié en raison d'exactions commises par les membres de cette brigade

Cour nationale du droit d'asile, 5 juillet 2019, n° 17040983

M. A., de nationalité libyenne, soutenait qu''il craignait d'être exposé à des persécutions en cas de retour dans son pays d'origine en raison de son appartenance ethnique et des opinions politiques qui lui sont imputées, sans pouvoir bénéficier de la protection effective des autorités. Il faisait valoir qu'il est d'ethnie Tawargha et qu'il a effectué son service militaire à Tripoli entre les mois de mai et novembre 2010 au sein de la trente-deuxième brigade Al Khamis. À partir de novembre 2010, il s'est volontairement engagé au sein de la même brigade. Arrêté par des membres d'une milice rebelle, il a été incarcéré près de Ajdabiya durant environ quatre ans. À la suite d'affrontements, il a finalement été libéré par un groupe armé qui a repris le contrôle de la prison. Il s'est alors rendu dans sa ville natale, Tawargha, qui avait été détruite. De retour à Tripoli, il a résidé chez son oncle, avant de quitter son pays d'origine le 1er novembre 2015.
Toutefois, la Cour rejette sa demande, ses déclarations ayant été délibérément ambiguës au sujet des actions qu'il a menées au sein

de la brigade Al Khamis dans laquelle il s'est pourtant volontairement engagé, tandis qu'il n'a évoqué à aucun moment une quelconque réprobation ou d'éventuels regrets concernant les atteintes aux droits humains commises par celle-ci. Dès lors, il résulte de ce qui précède qu'il existe des raisons sérieuses de penser que M. A. a participé à la commission de crimes de guerre.

Les entreprises de télécommunications doivent transmettre gratuitement à l'autorité traitant les appels d'urgence au 112 les informations permettant de localiser l'appelant

Cour de justice de l'Union européenne, 5 septembre 2019, n° C-417/18

Le 21 septembre 2013, dans une banlieue de Panevėžys (Lituanie), ES a été kidnappée, violée et brulée vive dans le coffre d'une voiture. S'y trouvant enfermée, elle avait composé, en utilisant un téléphone portable, le numéro d'appel d'urgence unique européen 112 une dizaine de fois pour demander de l'aide. Toutefois, les équipements du centre de réception des appels d'urgence ne montraient pas le numéro du téléphone portable utilisé, ce qui a empêché sa localisation. Il n'a pas été possible de déterminer si le téléphone portable utilisé par ES était équipé d'une carte SIM ni pourquoi son numéro n'était pas visible au centre de réception des appels d'urgence.
Les proches de ES ont saisi la justice lituanienne pour solliciter la réparation du préjudice moral subi. À l'appui de leur recours, ils font

valoir que la Lituanie n'a pas assuré correctement la mise en œuvre pratique de la directive « service universel » qui prévoit que les États membres veillent à ce que les entreprises de télécommunications mettent gratuitement à la disposition de l'autorité traitant les appels d'urgence au 112 les informations relatives à la localisation de l'appelant dès que l'appel parvient à ladite autorité. Cette règle s'applique à tous les appels destinés au numéro d'appel d'urgence unique européen 112. Cette omission aurait eu pour résultat l'impossibilité de transmettre aux services de police sur le terrain des informations de localisation d'ES, ce qui les aurait empêchés de venir à son aide.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rappelle qu'il ressort du libellé de la directive « service universel » que « tous les appels destinés au numéro d'appel d'urgence unique européen » sont concernés par l'obligation de mise à disposition des informations relatives à la localisation de l'appelant. En outre, la Cour a déjà jugé que la directive « service universel », dans sa version originale, imposait aux États membres, sous la condition de faisabilité technique, une obligation de résultat, qui ne se limite pas à la mise en place d'un cadre réglementaire approprié, mais exige que les informations sur la localisation de tous les appelants au 112 soient effectivement transmises aux services d'urgence. Partant, les appels au 112 passés à partir d'un téléphone portable non équipé d'une carte SIM ne peuvent pas être exclus du champ d'application de la directive « service universel ».

Par conséquent, la CJUE juge que la directive « service universel » impose aux États membres, sous la réserve de faisabilité technique, l'obligation de veiller à ce que les entreprises concernées mettent

gratuitement à la disposition de l'autorité traitant les appels d'urgence au 112 les informations relatives à la localisation de l'appelant dès que l'appel parvient à ladite autorité, y compris lorsque l'appel est passé à partir d'un téléphone portable non équipé d'une carte SIM.

Temps de travail des fonctionnaires de police : le Conseil d'état confirme l'arrêt de la cour de justice de l'Union européenne du 11 avril 2019

Conseil d'État, 24 juillet 2019, 5ème et 6ème chambres réunies, n° 409340

Le Conseil d'État a annulé les dispositions du décret du 30 janvier 2017 régissant le temps de travail des policiers en tant qu'il prévoyait, aux fins du calcul de la durée moyenne hebdomadaire de travail, des périodes de référence correspondant à chaque semestre de l'année civile.
En effet, le Conseil d'État avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui avait statué par un arrêt n° C-254/18 du 11 avril 2019.
Dans cet arrêt, la CJUE avait affirmé que le droit européen ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit, aux fins du calcul de la durée moyenne hebdomadaire de travail, des périodes de référence qui commencent et se terminent à des dates calendaires fixes, pourvu que cette réglementation comporte des mécanismes permettant d'assurer que la durée moyenne maximale hebdomadaire de travail de quarante-huit heures est respectée au

cours de chaque période de six mois à cheval sur deux périodes de référence fixes successives. Tirant les conséquences de cet arrêt, le Conseil d'État ne pouvait qu'annuler en partie les dispositions du décret du 30 janvier 2017.

Police générale des maires *versus* police spéciale de l'Etat : la jurisprudence confirme l'incompétence du maire

Tribunal administratif de Rennes, ordonnance du 27 août 2019, n° 1904033

Le 18 mai 2019, le maire de Langouët a pris un arrêté de police visant à réglementer les modalités d'utilisation des produits phytopharmaceutiques sur le territoire de sa commune « à une distance inférieure à 150 mètres de toute parcelle cadastrale comprenant un bâtiment à usage d'habitation ou professionnel ». La préfète d'Ille-et-Vilaine a déféré cet acte au tribunal administratif de Rennes, tout en demandant en parallèle la suspension de son exécution.

L'article L. 2212-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que le maire détient le pouvoir de police administrative générale, afin d'assurer « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques » sur le territoire de sa commune. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, d'autres intérêts, plus spécifiques, sont préservés par une autorité administrative disposant d'un pouvoir de police spéciale, qui est alors la seule autorité compétente pour l'exercer.

Police administrative

En l'espèce, le juge des référés de Rennes a considéré que le maire de la commune de Langouët n'était pas compétent pour prendre une mesure de police générale autonome dès lors que les articles L. 253-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime organisent la police spéciale des produits phytopharmaceutiques, dont la compétence relève des ministres chargés de l'agriculture, de la santé, de l'environnement et de la consommation.
Par voie de conséquence, le tribunal administratif a de bon droit annulé pour incompétence l'arrêté du maire de Langouët.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Xavier Latour

Interrogations autour du continuum de sécurité

Dans une note de positionnement datée de juin 2019, l'organisation France urbaine s'interroge sur les conséquences du continuum de sécurité sur les collectivités territoriales.

Créée fin 2015 et composée de 104 grandes communes (Toulouse, Lyon, Nice…), métropoles, et communautés urbaines ou d'agglomération, elle regroupe 2 000 communes et représente 30 millions d'habitants. Sa voix porte dès lors qu'il s'agit de dialoguer avec l'État.

Or, un an après la publication du rapport des députés Thourot et Fauvergue, France urbaine revient sur le continuum, alors que le ministère de l'Intérieur paraît travailler de plus en plus activement à la rédaction d'une loi de programmation sur la sécurité intérieure.

Dans un premier temps, la note rappelle « les principes indissociables d'une réflexion sur le continuum ».
La confiance arrive en tête de la liste. Les élus locaux membres de l'organisation regrettent la persistance d'un « paradigme » dépassé qui empêcherait de co-construire une politique de sécurité plus claire. Ce premier élément pourrait sembler assez flou s'il n'était pas décliné dans la suite du document.
Car, après la confiance, apparaît un besoin de concertation. Les auteurs notent un niveau satisfaisant localement, mais déplorent

un manque de cohérence et d'uniformité des directives du ministère de l'Intérieur. À propos de la police de sécurité du quotidien, ils soulignent « une mise en place inégale ». La cause en serait un manque d'association des collectivités, en particulier des communes. Un véritable dialogue permettrait de définir en commun les priorités et les objectifs.

Ces deux axes s'avèrent être assez récurrents. La décentralisation soulève inévitablement ce type de revendications, surtout dans une matière régalienne. Dans un État de tradition jacobine, et malgré l'approfondissement régulier de la décentralisation, les relations entre le centre et la périphérie manquent parfois de clarté.
Or, le rapport Thourot/Fauvergue a ravivé le débat sur la nature de la prééminence de l'État dans le domaine de la sécurité intérieure. La note affirme ainsi que « le principe de libre administration des collectivités doit être préservé ». Les élus le proclament souvent. En l'espèce, certaines dispositions du rapport ont suscité leur inquiétude. Ils relèvent, par exemple, la volonté de consacrer le rôle « prépondérant des cadres de la police et de la gendarmerie nationales dans la déclinaison opérationnelle de la coproduction de sécurité ». L'armement obligatoire des policiers municipaux constitue un autre sujet de friction.

Pour les auteurs de la note, cela contrarierait le principe de différenciation et d'adaptation. Si les députés mettent en exergue l'hétérogénéité des polices municipales, les élus voient plutôt une adaptation aux contextes locaux en fonction des besoins identifiés par les meilleurs connaisseurs de la situation, les maires.

En d'autres termes, le document semble adhérer à une forme de conservatisme. Le cadre actuel des polices municipales respecte leurs vœux. Il offre bien un cadre national, tout en accordant aux communes la marge de manœuvre souhaitée.

Une fois le cadre du débat fixé par l'intermédiaire du rappel des principes, les auteurs mettent en avant les « points de satisfaction ».
L'approche est autant équilibrée que politique. Équilibrée, car France urbaine regroupe des élus de diverses tendances. Politique, car en étant une structure de dialogue avec l'État, elle ne peut pas être dans l'opposition radicale.
Si le rapport des parlementaires soulève des inquiétudes, il ouvre aussi des perspectives intéressantes.

France urbaine approuve la revalorisation du statut des polices municipales, ainsi que la coproduction dans le cadre de bassins de vie (dont le périmètre reste assez flou).

Certains satisfecit concernent les pouvoirs de police administrative spéciale. Les maires attendent, en effet, un accroissement de leurs prérogatives pour fermer des établissements qui menacent l'ordre public, tout en assortissant leur arrêté d'une mise en demeure.
Sur ce terrain, le projet de loi relatif à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action devrait les satisfaire. Tandis que le travail parlementaire est programmé pour l'automne, le Conseil d'État, dans son avis du 15 juillet 2019, a validé l'évolution des pouvoirs des maires et du préfet en matière de sécurité des établissements recevant du public et d'immeubles menaçant ruine.

Les arrêtés de fermeture de ces établissements pourraient être assortis d'une astreinte journalière, et donner lieu à exécution d'office. La loi prévoirait, aussi, la réalisation sous astreinte des travaux de mise en sécurité prévus par les arrêtés de péril, qui concernerait tous les immeubles et pas seulement, comme aujourd'hui, ceux affectés à l'habitation. Afin de mieux respecter les réalités de terrain, la loi permettrait au préfet de transférer au maire qui le demande ses pouvoirs en matière de fermeture temporaire des débits de boissons, restaurants et établissements de ventes à emporter, en cas d'atteinte à l'ordre public, à la santé, à la tranquillité ou à la moralité publiques. Toutefois, le maire, conformément à son dédoublement fonctionnel, agirait au nom de l'État. Enfin, comme il interviendrait en police administrative, il n'aurait pas à consulter préalablement le conseil municipal.

Les autres évolutions espérées par France urbaine devront, quant à elles, faire l'objet de concertations avant d'être intégrées dans une loi relative à la sécurité intérieure. Toutes ne font pas consensus, loin de là.

L'organisation défend :

• la possibilité pour les policiers municipaux d'adresser directement leurs procès-verbaux à l'officier du ministère public. Mais cela ne les éloignerait-il pas un peu plus du maire dont ils dépendent ?

• l'octroi de moyens techniques comparables à ceux utilisés par l'État ;

• le renforcement des capacités de verbalisation des infractions tout en encourageant leur forfaitisation. On relèvera

qu'une telle mesure accentuerait le mouvement de judiciarisation des polices municipales. Elle impliquerait une réflexion de fond sur leur positionnement par rapport aux forces nationales ;

• la dernière proposition concerne la création d'une école nationale des polices municipales. Cette idée revient régulièrement sans pour autant trouver une amorce de concrétisation. Pourtant, elle aiderait à homogénéiser le niveau.

La tonalité change radicalement à propos des « lignes rouges ».

L'expression est volontairement forte.

Pour mieux justifier son refus de certaines orientations, l'organisation commence par rappeler son attachement à la distinction entre la sécurité publique qui relèverait de l'État et la tranquillité publique aux collectivités.
Cette différence ne serait d'ailleurs pas respectée par l'État lui-même qui reporterait la charge de certaines missions sur les polices municipales. France urbaine n'explicite pas sa pensée sur ce point.

Surtout, la crainte concerne l'armement des policiers municipaux. La proposition d'un armement obligatoire est rejetée de manière unanime, explique la note, en raison de sa contrariété au principe de libre administration.
Cette prise de position ne surprend guère. L'armement est régulièrement discuté. Si une majorité de policiers municipaux est équipée, des maires demeurent attachés à leur liberté de choix.

Dans un autre registre, l'organisation n'est pas fermée à la notion de bassin de vie. Au contraire, elle remarque qu'en pratique, des élus l'utilisent pour coordonner leurs actions. En revanche, elle s'oppose vigoureusement à un transfert unilatéral des compétences du maire vers les représentants de l'État.
Ce faisant, elle défend aussi le rôle des Conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance (CLSPD), dont elle soutient, avec un certain parti-pris optimiste, qu'ils ont fait leurs preuves. Si l'argument est discutable, le refus de voir se construire les politiques de sécurité à un niveau supra-communal, de surcroît dans un mouvement proche de la recentralisation, retient davantage l'attention. France urbaine ne s'y trompe pas. Elle dénonce l'instauration d'une « tutelle de l'État sur les maires », qui remettrait en cause l'efficacité de leur action.
Non définis, ces bassins de vie suscitent des interrogations justifiées. Comment se positionneraient-ils à l'égard des intercommunalités ? Qui de la police ou de la gendarmerie les piloterait ? Quelle serait la place des maires dans le dispositif ? Aideraient-ils à améliorer les disparités, voire les inégalités territoriales en matière de sécurité ?

La dernière catégorie des sujets abordés correspond aux « questions en suspens ».

Ainsi, France urbaine soulève la question de la sécurité privée dont l'essor révélerait un retrait de l'État, « un manque de moyens ». Sur ce point, la note laisse un sentiment mitigé.
D'abord, elle appelle l'adhésion lorsqu'elle insiste sur l'articulation

des missions entre les différents acteurs de la sécurité. Mais la réponse n'appartient pas seulement à l'État. Si celui-ci peut naturellement préciser par voie législative ou réglementaire le cœur de métier des forces de sécurité intérieure, les élus locaux ne se pressent pas pour mieux intégrer la sécurité privée dans les dispositifs partenariaux. L'État leur laisse une certaine souplesse en la matière, en ayant opté pour la technique des conventions non contraignantes. Or, les résultats obtenus demeurent modestes.

Ensuite, la note reprend en filigrane une partie des critiques émises par la Cour des comptes dans son rapport annuel 2018, et relayées par les députés Thourot et Fauvergue. Elle le fait pourtant en manquant de recul. Elle dénonce, de manière exagérée, une absence de « formation homologuée » qui ferait courir un risque juridique aux maires en cas de défaillance des prestataires. Cela revient, cependant, à méconnaître les dispositions du Code de la sécurité intérieure sur les obligations de formation des agents et des dirigeants, en application de référentiels déterminés par l'État depuis les années 2010. En outre, les auteurs passent aussi sous silence les dispositifs de contrôle sur les organismes de formation (contrôle des entreprises et de leurs dirigeants, obligations de certification). Si l'ensemble demeure évidemment perfectible, il est difficile de faire comme s'il n'existait pas. L'arrêté du 18 juillet 2019 renouvelle d'ailleurs pour cinq ans le titre professionnel d'agent de sécurité et de sûreté (à partir du 1er mars 2020). Il met, également, à jour, le référentiel de compétences, en distinguant trois blocs qui comprennent la surveillance humaine classique, une démarche de prévention et de protection contre les risques et les menaces, et l'exercice de missions sur des sites sensibles dans une démarche de

protection renforcée.

La même approche déformée se retrouve dans l'affirmation non étayée de l'existence de « recrutements d'agents de sécurité privée dont certains ont un passif judiciaire ». Le Conseil national des activités privées de sécurité aurait pu être cité pour rappeler son action en matière de moralisation, même s'il n'est pas infaillible. Ces dysfonctionnements réels, mais isolés, conduisent à occulter les progrès réalisés. Le taux de rejet des cartes professionnelles ne cesse d'augmenter pour atteindre 12 %. De même, le nombre de demandes tend, quant à lui, à baisser, ce qui témoigne de la prise de conscience par des candidats potentiels qu'ils ne passeraient pas les filtres.
Enfin, la note affirme que « toute idée d'armer ces agents est donc rejetée ». Le Code de la sécurité intérieure dispose exactement le contraire. Ce n'est d'ailleurs pas à la puissance publique de prendre l'initiative de l'armement, mais aux donneurs d'ordre, y compris publics. Si rien n'oblige les communes à le demander, rien ne les en empêche non plus.

La note se termine par un développement sur la nécessité d'associer l'ensemble des acteurs qui participent à la politique de sécurité. Elle renvoie aux associations, à la population, aux médiateurs sociaux.
Est-ce une autre façon de défendre des CLSPD ?
Quant aux liens spécifiques avec la population, les auteurs mettent en avant, pêle-mêle, les conseils de quartiers, les conseils citoyens, les différentes réserves. Tout cela a évidemment son importance.

Pour autant, la possibilité de réseaux de partenariat, liés ou non à une collectivité, et permis par les technologies de communication n'ouvre-t-elle pas, elle aussi, des perspectives qui pourraient relativiser l'intérêt des dispositifs plus classiques ?

France urbaine alimente le débat en donnant la vision des grandes villes et des métropoles. En dépit de leur poids incontestable, celles membres de l'organisation ne parlent pas au nom de toutes les collectivités. Dès lors, il ne fait aucun doute que d'autres voix s'exprimeront.

Directeur de publication :	**Colonel Dominique SCHOENHER**
Rédacteur en chef :	**Gal d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD**
Rédacteurs :	**Gal d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD** **Frédéric DEBOVE** **Claudia GHICA-LEMARCHAND** **Xavier LATOUR** **Ludovic GUINAMANT** **Ltn Océane GERRIET**
Équipe éditoriale :	**Odile NETZER**