LA VEILLE JURIDIQUE

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

N° 82 Novembre 2019

EDITO

Vous lirez cette Veille juridique juste avant les fêtes de Noël et de fin d'année. La tradition de la trêve sera-t-elle respectée ? Le droit ne connaît pas de trêve… Il ne manque pas de rappeler son existence et sa prééminence, y compris – et même surtout – en période de crise.

Notre centre a, tant bien que mal, continué de rayonner, même s'il a fallu renoncer à l'atelier de recherche du 11 décembre qui avait pour ambition de préparer le FIC sur le thème : « la transformation numérique entraîne-t-elle une déshumanisation de la société ?» Bien évidemment, nous souhaitions orienter nos futurs débats sur une requalification de l'humain, trop souvent oublié ou négligé dans une transformation numérique abordée

(suite page 2)

CREOGN
CENTRE DE RECHERCHE

Edito

essentiellement sous l'angle des technologies. Pour tous nos lecteurs qui souhaitent contribuer à ce débat, le CREOGN fixe un nouveau rendez-vous, le 29 janvier 2020, au FIC, à Lille Grand Palais (atelier de 11h30 à 13h00). Il suffit de s'inscrire sur le site www.forum-fic.com. Cette année, cette manifestation, coorganisée par la gendarmerie (avec le CREOGN en première ligne), va sans doute battre tous ses records avec plus de 10 000 participants et 450 entreprises, universités, centres de recherche partenaires. Ce succès s'explique par la croissance des enjeux du numérique qui ne sont pas seulement techniques, économiques, mais qui font aussi appel au droit, à la philosophie, à la sociologie, à la géographie et même à l'histoire (Internet fête cette année ses cinquante ans…). Le CREOGN s'inscrit à la convergence des « sciences dures » et des sciences humaines et sociales. C'est un peu son « ADN ». C'est sans doute pour cela qu'un jeune polytechnicien, Axel Lemoine, a choisi d'effectuer son stage au sein de notre centre.

Le 19 décembre 2019, après une rencontre avec l'Institut de recherche stratégique de l'école militaire (IRSEM), nous recevons la communauté des doctorants de la gendarmerie, animée par le commandant Thomas Fressin, qui compte aujourd'hui près de 200 membres. Un « brevet de docteur », insigne désormais réglementaire, est remis à une quarantaine de membres de la communauté. C'est un signe parmi d'autres de la reconnaissance par la DGGN de l'investissement consenti par des militaires d'active ou des réservistes qui s'engagent dans une voie qui est désormais prise en compte dans la formation militaire supérieure. L'effort accompli le justifie pleinement. Nous remettons également les

Edito

premiers prix de la recherche, à une thèse, à un ouvrage et à des articles qui ont retenu l'attention d'un jury que je remercie. La présence en son sein d'Hélène Cazaux-Charles, conseillère d'État et présidente, de Richard Senghor, conseiller d'État, du doyen Xavier Latour, de la Faculté de droit de Nice, de la professeure Claudia Ghica-Lemarchand et de Frédéric Debove, maître de conférences, directeur de l'Institut du droit et d'économie de Melun, témoigne du haut niveau d'exigence à l'égard des travaux des candidats. Notons que les auteurs de notre veille juridique sont bien représentés au sein du jury…Le Prix 2020 est désormais engagé. Avis aux candidats !

Le CREOGN a engagé cette année une importante action sur le thème des violences intrafamiliales, dans le cadre d'un programme européen IMPRODOVA (Improving Frontline Responses to Hight Domestic Violence), animé pour le CREOGN par le lieutenant-colonel Jean-Marc Jaffré. Les rencontres se multiplient et suscitent un intérêt croissant. Je n'oublie pas non plus les études conduites par le chef d'escadron (TA) Jérôme Lagasse, notamment le programme OPMOPS (Organized Pedestrian Movment in Public Spaces), sur la gestion des foules, programme ANR conduit avec l'université de Haute-Alsace, l'Institut national de recherche en informatique et en automatique (INRIA) et des partenaires universitaires allemands.

En 2019, l'École de officiers de la gendarmerie nationale a célébré son Centenaire, moment fort avec la remise exceptionnelle de la légion d'honneur à son drapeau, sur décision du Président de la

Edito

République. Là encore, le centre de recherche a été à la « pointe de l'épée », avec une contribution remarquée de notre historien, le commandant Benoît Haberbusch.
Je ne peux oublier de citer le colonel Dominique Schoenher, mon fidèle et patient adjoint. Il est « nulle part », car il est « partout ». Enfin, je voudrais rendre un hommage particulier à Odile Netzer, dont le travail de « bénédictin » permet la publication de notre Veille juridique, prisée par ceux – toujours plus nombreux – qui la lisent. C'est l'occasion aussi pour moi de remercier ses contributeurs toujours fidèles.

Bonne lecture de ce numéro ! Bonne et heureuses fêtes de Noël et de Nouvel an à toutes et à tous !

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

SOMMAIRE

Déontologie et sécurité **6**

Droit de l'espace numérique **16**

Actualité pénale **29**

Police administrative **48**

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée **56**

Déontologie et sécurité

Fréderic DEBOVE

Du bon usage de la retenue administrative !

Dans le prolongement d'un arrêt rendu par la Cour de justice de Luxembourg (CJUE, 28 avr. 2011, C-61/PPU), la Cour de cassation a été appelée à juger qu'une mesure de garde à vue ne peut être décidée à l'encontre d'une personne en situation irrégulière que s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne concernée a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement. Elle en a déduit que le ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier en France, qui n'encourt pas l'emprisonnement prévu par l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef (Civ. 1re, 5 juillet 2012, pourvois nº 11-30.371, nº 11-19.250 et nº 11.30-530).

Par circulaires en date du 6 juillet 2012, le garde des Sceaux et le ministre de l'Intérieur ont immédiatement réagi en invitant Parquets et préfets à s'assurer que les officiers de police judicaire respectaient cet interdit et avaient recours à d'autres dispositifs pouvant conduire à la mise en œuvre de l'éloignement de ressortissants de pays tiers à l'Union européenne : la vérification d'identité, l'audition libre sans placement en garde à vue, ou bien encore la rétention administrative prévue à l'article L. 511-1 à L. 511-3 du CESEDA (Circ. min. intérieur, nº NOR : INTK1207284C, 6 juillet 2012 – Circ. min. justice, nº 11-04-C39, 6 juillet 2012). Afin de donner une assise juridique plus stable à cette forme de rétention policière, la loi nº 2012-1560 du 31 décembre 2012 (JO du

1er janvier 2013, p. 48) est venue instituer à l'article L. 611-1-1 du CESEDA une retenue administrative pour vérification de situation d'une durée maximum de 24 heures qui se substitue à la garde à vue mais qui s'en rapproche en ce qui concerne les droits qu'elle confère à la personne concernée. Cette retenue s'applique dès lors qu'un étranger, retenu en application de l'article 78-3 du Code de procédure pénale, n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France. La mesure est placée sous le contrôle du procureur de la République qui peut y mettre fin à tout moment. Si l'étranger ne fournit pas d'éléments permettant d'apprécier son droit de circulation ou de séjour, les opérations de vérification peuvent donner lieu à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque cette mesure constitue l'unique moyen d'établir la situation de cette personne.

Dans une décision n° 2019-158 en date du 22 novembre 2019, le Défenseur des droits apporte un éclairage intéressant sur cette nouvelle mesure de rétention, scrutée sous l'angle de la déontologie de la sécurité. Proche de la garde à vue à de nombreux égards, la retenue administrative pour vérification de situation ne saurait toutefois se confondre avec elle. Mais, à bien y regarder, les manquements à la déontologie de la sécurité peuvent résulter autant des dispositions communes aux deux mesures privatives de liberté que des dispositions spécifiques au droit des étrangers.

De la circulation routière à la circulation sur le territoire de la République

Les faits à l'origine de la saisine du Défenseur des droits peuvent se

résumer comme suit : le 30 mai 2017, vers midi, alors qu'il conduisait son véhicule, monsieur X. a fait l'objet d'un contrôle routier effectué par des fonctionnaires de police d'une brigade motocycliste. Invité à produire tous les documents afférents à la conduite du véhicule, monsieur X. présentait alors le certificat d'immatriculation du véhicule, l'attestation d'assurance, l'attestation de dépôt de son permis en préfecture, sa carte d'identité ivoirienne ainsi qu'une photocopie de son passeport sur laquelle figurait un tampon daté de septembre 2016 de l'Office français de l'immigration et de l'intégration. En complément de la production de ces premiers documents, les fonctionnaires de police réclamaient de monsieur X. la présentation de son titre de séjour. À défaut d'être en mesure de produire ce document, l'intéressé déclarait aux policiers être entré régulièrement en France avec un visa dont le terme avait expiré depuis peu mais qu'il était en attente de renouvellement de son titre de séjour à la suite de sa demande déposée en préfecture.

En considération de cette situation pour le moins incertaine, l'officier de police judiciaire de permanence ordonnait à ses collègues de conduire monsieur X. au commissariat en vue d'une présentation dans le cadre d'une retenue, aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour. Initiée à compter de 12h35, cette mesure administrative prit fin à 15h50, une fois que les services d'immigration de la préfecture eurent informé l'OPJ qu'aucune procédure d'éloignement ne serait engagée à l'encontre de l'intéressé.

À la suite de cette retenue administrative, monsieur X. effectuait un signalement sur la plateforme en ligne de l'Inspection générale de la police nationale (IGPN) afin d'y dénoncer un chapelet de

manquements déontologiques dont il aurait été victime. En réaction à ce signalement, le directeur départemental de la sécurité publique territorialement compétent répondit à l'intéressé que les griefs dont il faisait état résultaient avant tout de sa propre négligence dans le suivi de son dossier auprès de la préfecture… Une réponse policière très librement adaptée de l'adage latin nemo auditur propriam turpitudinem allegans !

Éconduit par l'IGPN, mais contenté par le Défenseur des droits !

Éconduit par l'IGPN, monsieur X. s'est dans un second temps tourné vers le Défenseur des droits, dans l'espoir que ses griefs soient mieux accueillis. En même temps qu'il reconnaît la régularité du contrôle à l'origine de la retenue administrative, le Défenseur des droits relève plusieurs carences dans la mise en œuvre de cette mesure de police. C'est autant par la validation des bonnes pratiques que par la stigmatisation des mauvaises que cette décision n° 2019-158 du 22 novembre 2019 est riche d'enseignements en matière de déontologie de la sécurité.
À l'instar des solutions applicables en garde à vue, la régularité d'une retenue administrative est d'abord conditionnée à la validité du contrôle de police dans le prolongement duquel elle s'inscrit directement. En l'occurrence, l'opération de contrôle des titres de séjour de monsieur X. était-elle régulière ? En application du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure, même en dehors de tout contrôle d'identité, de présenter les pièces ou

documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France (art. L. 611-1 CESEDA). Pour autant, un tel contrôle réclame des « éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé de nature à faire apparaître la qualité d'étranger de la personne contrôlée ». Dégagés par la jurisprudence, ces éléments d'extranéité s'opposent à tout contrôle au « faciès » en interdisant toute discrimination de quelque nature qu'elle soit contre les personnes. Ainsi, l'apposition d'affiches étrangères, la distribution de tracts en langue étrangère, la lecture de journaux en langue étrangère, le port de maillot d'un club sportif étranger, la sortie d'une ambassade étrangère, ou bien encore la conduite d'un véhicule immatriculé à l'étranger sont usuellement considérés comme des éléments d'extranéité parfaitement valables. En l'espèce, les dispositions se rapportant au contrôle routier (art. R. 233-1 C. route) n'autorisent pas per se à procéder à un contrôle de titres de séjour, car les documents en droit d'être réclamés sont uniquement ceux afférents à la conduite d'un véhicule (permis de conduire, carte grise, etc.). Toutefois, les dispositions du Code de la route ne font pas obstacle à l'application du CESEDA, dès l'instant où des éléments objectifs de nature à présumer la qualité d'étranger de la personne sont découverts à l'occasion du contrôle routier. En l'espèce, la présentation par Monsieur X. d'un récépissé d'échange de permis ivoirien en permis français (comme la possession d'une carte d'identité ivoirienne) constitue assurément un tel signe extérieur d'extranéité, rendant par voie de conséquence régulier le contrôle des titres de séjour de l'intéressé et la retenue administrative subséquente. En validant le principe même du

contrôle de titre de séjour, le Défenseur des droits inscrit sa décision dans le droit fil de la jurisprudence judiciaire.

Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté

Le formalisme, souvent tatillon et minutieux, qui jalonne les actes de police, est régulièrement dénoncé comme excessif par les acteurs de terrain. La procédure protège bien sûr. Mais elle pèse aussi parfois, de manière démesurée, sur le quotidien des forces de l'ordre. À bien y regarder, l'affection dont souffre la procédure policière trouve d'abord son origine dans l'empilement des textes, leur délicate articulation, leur inconstance, leurs raffinements byzantins, avec l'impossibilité où l'on se trouve de pénétrer leurs couches de sédiments successifs. Elle trouve ensuite son origine dans la pesanteur douloureuse qui transforme chaque jour davantage le policier ou le gendarme en simple greffier. Aujourd'hui, un enquêteur consacre environ deux fois plus de temps à la rédaction des procédures qu'à l'investigation, autant dire que ce qui faisait le sel du métier se réduit à présent à une peau de chagrin. Source de paralysie en considération de sa complexité, la procédure est parfois également source d'erreur pour qui n'est pas son familier. Il arrive même que l'erreur frappe celui qui devrait, de par ses fonctions, être initié, comme en témoigne la présente décision du Défenseur des droits.
En l'occurrence, l'erreur se conjugue davantage au pluriel qu'au singulier.
Alors que le CESEDA prévoit explicitement que le procureur de la

République doit être informé dès le début de la mesure de retenue administrative (art. L. 611-1-1), ce magistrat n'avait, dans le cas de l'espèce, été informé que trois heures après le placement en retenue ! Certes, l'activité judiciaire du service était, semble t-il, débordante au moment des faits, mais cela ne saurait caractériser une circonstance insurmontable justifiant un tel retard dans l'information de l'autorité judiciaire. De surcroît, l'avis au magistrat est loin de relever d'un formalisme stérile et superflu : l'avis conditionne en effet le contrôle même du Parquet sur le déroulement de la mesure de privation de liberté adossée à la vérification du droit au séjour. Partant, ne pas informer le magistrat du Parquet dans les conditions déterminées par la loi, c'est entraver son rôle constitutionnel de gardien de la liberté individuelle (art. 66 Constitution). Il s'ensuit logiquement un premier manquement à la déontologie de la sécurité fondé sur les dispositions de l'article R. 434-2 du Code de la sécurité intérieure.

Pas davantage que les torchons et les serviettes, les gardés à vue ne sauraient être mélangés avec les retenus !

À ce premier manquement à la déontologie de la sécurité s'en ajoutent plusieurs autres. Après consultation des registres de garde à vue, le Défenseur des droits a pu aisément mettre en évidence que monsieur X. avait été placé au moment de sa retenue dans la même cellule que celle d'un gardé à vue mis en cause pour des faits de trafic de stupéfiants. Pourtant, là encore, le CESEDA est formel : « durant la retenue, lorsque sa participation aux opérations de vérification n'est pas nécessaire, l'étranger ne peut

être placé dans une pièce occupée simultanément par une ou plusieurs personnes gardées à vue » (art. L. 611-1-1-I). Déclinée selon des termes sensiblement identiques dans plusieurs textes à usage interne (circulaire ministérielle en date du 18 janvier 2013, note de service de la DSCP du 31 janvier 2013, instruction de la DGPN du 23 janvier 2013), cette prohibition du mélange des genres était, semble t-il (in dubio pro reo !), totalement ignorée du fonctionnaire de police en charge des geôles. Nul ne pouvant ignorer la loi, et un fonctionnaire de police moins que quiconque, une telle erreur était naturellement de nature à caractériser un autre manquement à la déontologie de la sécurité. Cependant, qui de la hiérarchie directe ou de ce fonctionnaire subalterne était fondamentalement le plus blâmable ? Prenant acte de la diffusion ultérieure d'une note de service aux termes de laquelle le commissaire de police, chef du Service d'intervention d'aide et d'assistance de proximité (SIAAP), rappelle solennellement l'interdiction posée dans le CESEDA, le Défenseur des droits renonce à formuler sur ce point toute recommandation en lien avec le manquement constaté. Faute réparée est à demi pardonnée !

De la rigueur dans les actes mais de la douceur dans la conduite

Selon un fameux proverbe québécois, « la douceur vaut mieux que la rigueur ». Mais la rigueur exclut-elle fondamentalement la douceur ? À s'en tenir à la déontologie de la sécurité, la réponse ne laisse aucune ombre d'un doute : la rigueur dans les actes de procédure n'est pas incompatible avec la douceur et la

bienveillance dans la relation avec l'usager du service public.
La décision du Défenseur des droits, objet de la présente chronique, fournit une excellente illustration de ces injonctions qui n'ont absolument rien de paradoxal.
Rigueur tout d'abord : à deux reprises, le Défenseur des droits déplore un manque de rigueur de la part des fonctionnaires de police dans le récit de l'opération de police concernant monsieur X. Lors de sa retenue administrative, l'intéressé avait en effet eu l'occasion d'entrer en contact avec son épouse afin qu'elle se déplace au commissariat munie des documents attestant de la situation de son époux. Pour autant, la seule mention portée en procédure se rapportait au contact téléphonique avec le service d'immigration et d'intégration de la préfecture au sujet de la situation administrative de la personne retenue ; l'officier de police judiciaire en charge de la procédure n'ayant sans doute pas trouvé opportun d'acter en procédure ni le déplacement au commissariat de l'épouse de monsieur X., ni la remise des pièces utiles à la justification de la situation administrative de ce dernier. En même temps qu'elle caractérise un manque de rigueur au sens de l'article R. 434-5 du Code de la sécurité intérieure (lequel impose que les faits et événements constatés par le policier ou le gendarme soient relatés avec fidélité et précision dans tous les actes qu'il rédige), cette légèreté procédurale compromet le contrôle du respect des dispositions du CESEDA exigeant que l'étranger soit en mesure de fournir par tout moyen les pièces et documents que sa situation requiert. Le second défaut de rigueur se rapporte à l'absence de registre spécial pour les retenues dans le commissariat de police considéré. Aux termes de l'article L. 611-1 CESEDA, la retenue aux fins de vérification du droit à la circulation et au séjour des

personnes de nationalité étrangère est une mesure de contrainte distincte de la garde à vue. Autant la garde à vue est une mesure pénale, autant la retenue est une mesure administrative. A mesures distinctes, registres distincts ! En l'espèce, et alors même que des textes à usage interne prescrivaient la tenue de registres différenciés (circulaire du 18 janvier 2013 du ministre de l'Intérieur, instructions de la DGPN du 23 janvier 2013), la retenue de monsieur X. avait été consignée sur le registre de garde à vue, faute de tout autre registre disponible en quantité suffisante. En bref, si la quantité ne fait pas la qualité, le défaut de quantité peut nuire à la qualité, ce que déplore ici le Défenseur des droits.

Douceur ensuite : parmi tous ces griefs, monsieur X. se plaignait de n'avoir pu s'alimenter pendant tout le temps de sa retenue au commissariat de police (soit environ quatre heures). S'il est exact que la loi n° 2012-1550 du 31 décembre 2012 instituant cette forme de retenue administrative ne souffle mot de cette question, les instructions de la DGPN du 23 janvier 2013 qui l'accompagnent prévoient expressément que « les personnes faisant l'objet d'une retenue pour vérification de situation bénéficieront du régime d'alimentation prévu dans le cadre de la garde à vue ». Avant même ces instructions de la DGPN, ce droit à l'alimentation avait d'ailleurs été explicité par des instructions ministérielles en date du 11 mars 2003 qui posaient le principe, sauf exceptions circonstancielles, « de repas chauds, aux heures normales, et composés selon les principes religieux dont les personnes privées de liberté font état ». Un geôlier qui s'abstient de proposer à boire et à manger à une personne retenue se rend donc inévitablement coupable d'un manquement à la déontologie de la sécurité.

Droit de l'espace numérique

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

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

Droit au déréférencement (« droit à l'oubli »)

Le Conseil d'État applique les principes définis par l'arrêt CJUE (Grande chambre) du 24 septembre 2019 (C-136/17, GC, AF, BH, ED/ Commission nationale de l'informatique et des libertés, voir veille juridique n° 81 d'octobre 2019, p. 24-29). 13 décisions, du 6 décembre 2019, fixent le cadre dans lequel un exploitant de moteur de recherche doit, sous le contrôle de la CNIL, appliquer le droit au déréférencement.

Rappel des faits

Le droit au déréférencement – ou « droit à l'oubli » – est une des conséquences de l'arrêt CJUE du 13 mai 2014, Google Spain et Google (C-131/12). S'il ne fait pas disparaître le document que le plaignant estime contraire à sa vie privée, il supprime les liens vers les pages web qu'offre le moteur de recherche. Conformément au règlement 2016/679 (art. 17 du Règlement général sur la protection des données – RGPD), ce droit au déréférencement est dénommé « droit à l'effacement » ou « droit à l'oubli ».
Un litige opposait quatre personnes à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). En cause, quatre décisions de cette dernière refusant de mettre en demeure Google LLC de procéder à des déréférencements de divers liens inclus dans la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir

de leur nom, et menant vers des pages web publiées par des tiers. Google, saisi en premier, avait refusé le déréférencement, conforté dans sa décision par la position prise par la CNIL. Les motifs des quatre plaignants étaient différents : montage satirique avec allusions à une relation intime, avec un maire, article du journal Libération évoquant des responsabilités au sein de l'Église de scientologie, mention d'une mise en examen dans une procédure judiciaire s'étant achevée par un non-lieu, articles de Nice-Matin et du Figaro sur une condamnation pour agression sexuelle sur mineurs de quinze ans.

Les plaignants avaient saisi le Conseil d'État pour contester la décision négative de la CNIL. Dans tous les cas – ce qui explique leur jonction – la question des données dites « sensibles » était posée. Le Conseil d'État avait sursis à statuer et adressé une demande de décision préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) portant sur l'interprétation 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 (texte alors en vigueur et remplacé depuis par le RGPD).

La CJUE avait ainsi répondu : un moteur de recherche est responsable d'un traitement de données à caractère personnel. Il n'est pas responsable des données mises en ligne sur les pages web mais il doit, en raison de leur référencement, respecter les exigences de la directive 95/46 – aujourd'hui RGPD – notamment en ce qui concerne le droit à la vie privée. Il doit faire droit aux demandes relatives aux « données sensibles », sous réserve des exceptions prévues et en respectant un principe de

proportionnalité entre les droits du demandeur et ceux de l'internaute. Les données relatives aux procédure judiciaires relèvent des catégories « infractions » et « condamnations pénales ». Si elles sont maintenues au titre de la liberté d'information des internautes, les résultats doivent être aménagés par le moteur de recherche de telle sorte que l'image globale qui résulte du référencement reflète la situation actuelle (par exemple, l'acquittement doit apparaître avant les poursuites).
C'est dans ce contexte que le Conseil d'État a posé les principes à l'occasion de 13 décisions du 6 décembre 2019.

Les principes posés par le Conseil d'État

Il convient tout d'abord de rappeler qu'un particulier doit saisir l'exploitant du moteur de recherche lorsqu'il désire obtenir le déréférencement de liens vers des pages web, publiées par des tiers, qui contiennent des données à caractère personnel le concernant, et qui figurent parmi les résultats affichés en réponse à une recherche portant sur son nom. En cas de refus, il peut saisir soit le juge judiciaire[1] , soit la CNIL, pour qu'elle ordonne à cet exploitant de procéder au déréférencement des liens en cause. Si la

1. Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé du 10 février 2017, M. X/Google France et Google Inc. Saisine de la justice sur la base de l'article 809 du Code de procédure civile à propos d'un article faisant état d'une condamnation pénale. L'autorité judiciaire peut prescrire, en référé ou sur requête, aux hébergeurs ou, à défaut, aux fournisseurs d'accès, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne (8 du I de l'art. 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique).

Droit de l'espace numérique

CNIL rejette cette demande, le contentieux peut être porté directement devant le Conseil d'État, qui se prononce en tenant compte des circonstances et du droit applicable à la date à laquelle il statue.

Pour le Conseil d'État, s'appuyant sur la récente jurisprudence de la CJUE, le déréférencement d'un lien associant au nom d'un particulier une page web contenant des données personnelles le concernant est un droit. Ce droit à l'oubli n'est pas cependant absolu. Une balance doit être effectuée entre le droit à la vie privée du demandeur et le droit à l'information du public. L'arbitrage entre ces deux libertés fondamentales dépend de la nature des données personnelles.

Trois catégories de données personnelles sont concernées : les données sensibles, les données pénales, les données touchant la vie privée sans être sensibles. La protection relative aux deux premières catégories est la plus élevée : il ne peut, dans ce cas, être légalement refusé de faire droit à une demande de déréférencement que si l'accès aux données sensibles ou pénales à partir d'une recherche portant sur le nom du demandeur est « strictement nécessaire à l'information du public ».

Pour se déterminer, la CNIL doit mettre en balance les trois paramètres principaux énoncés par le Conseil d'État :

- les caractéristiques des données personnelles en cause : leur nature, leur contenu, leur caractère plus ou moins objectif, leur exactitude, leur source, les conditions et la date de leur mise en ligne ainsi que les répercussions de leur référencement pour l'intéressé ;
- le rôle social du demandeur : sa notoriété, son rôle dans la vie

publique et sa fonction dans la société – ce qui permet de mieux cerner l'intérêt du public à accéder à l'information en réponse à une recherche portant sur le nom de l'intéressé ;
- les conditions d'accès de l'information en cause : s'il est possible d'y accéder facilement à partir d'une recherche portant sur des mots-clés ne comportant pas le nom de l'intéressé, le droit à la liberté d'information apparaîtra moins affecté par un éventuel déréférencement. Par ailleurs, si l'intéressé a, de lui-même, rendu ces informations publiques, l'atteinte à la vie privée qu'il allègue apparaîtra en principe moins caractérisée.
Mais les conditions sont plus restrictives pour les données sensibles et les données pénales.

Les données dites sensibles

Ce sont les données les plus intrusives dans la vie d'une personne comme celles concernant sa santé, sa vie sexuelle, ses opinions politiques, ses convictions religieuses, etc. Ces données sensibles, définies par l'articles 9 du RGPD, sont reprises par l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Aux termes de cet article, « il est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ». Le référencement

est une forme de traitement de données à caractère personnel et relève donc du RGPD.

Pour se déterminer, la CNIL doit s'appuyer sur les trois paramètres énoncés ci-dessus. Compte tenu de l'ingérence particulièrement grave dans la vie privée de la personne, le Conseil d'État resserre les conditions permettant à la CNIL de refuser de mettre en demeure l'exploitant de moteur de recherches de faire droit à une demande de déréférencement. Il exige, comme cela a été dit supra, que l'accès à l'information litigieuse à partir d'une recherche portant sur le nom du demandeur soit « strictement nécessaire à l'information du public ».

Il fait l'application de ce principe dans plusieurs arrêts du 6 décembre 2019.

Ainsi, les informations relatives à une relation extraconjugale entretenue avec un haut dirigeant d'un pays étranger, contenues sur des pages web et relatives à une personne qui y joue un rôle très important dans la vie économique et sociale, ne sont pas strictement nécessaires à l'information du public et doivent être déréférencées (arrêt du 6 décembre, n° 395335). Le déréférencement peut être demandé par l'auteur d'un roman autobiographique pour des liens menant vers des sites qui, en décrivant l'œuvre, révèlent son orientation sexuelle. L'information a certes été manifestement rendue publique par l'intéressé, mais celui-ci n'exerce plus d'activités littéraires. Pour le Conseil d'État, les répercussions de ce référencement sur l'intéressé excèdent l'intérêt prépondérant du public à accéder à cette information à partir de son nom, ce d'autant plus que cette dernière peut être facilement obtenue via d'autres mots-clés (arrêt du 6 décembre, n°

409212). Enfin, un particulier est fondé à demander le déréférencement de liens menant vers un article de presse faisant état de son ancienne appartenance à « l'Église de scientologie », alors même que ces données doivent être regardées comme ayant été manifestement rendues publiques par l'intéressé compte tenu des responsabilités importantes qu'il a exercées au sein de cette organisation. L'ancienneté des faits, leur caractère non actualisé, et les répercussions de ce référencement sur la vie de l'intéressé, justifient que le droit au respect de la vie privée prévale sur l'intérêt prépondérant du public, qui peut du reste accéder par d'autres moyens à ces informations (arrêt du 6 décembre, n° 393769).

Les données pénales (relatives à une procédure judiciaire ou à une condamnation pénale)

Dans son arrêt du 24 septembre 2019 précité, la CJUE avait considéré que les informations relatives à une procédure judiciaire constituent des données relatives aux infractions et aux condamnations au sens de l'article 8 de la directive de 1995, indépendamment du fait que, au cours de la procédure judiciaire, la commission de l'infraction a été ou non établie. Les données doivent être déréférencées si elles ne correspondent plus à la situation actuelle, dès lors qu'il est constaté que les droits de la personne prévalent sur ceux de l'internaute. Toutefois, en cas de maintien justifié par la liberté d'information des internautes, le moteur de recherche doit aménager la liste des résultats « de telle sorte que l'image globale qui en résulte pour l'internaute reflète la situation judiciaire actuelle », ce qui conduit à changer l'ordre des

résultats. Une page relative à l'acquittement ou au non-lieu doit figurer avant celles évoquant les poursuites.

Le Conseil d'État reprend ces règles : même lorsqu'il apparaît que le référencement de telles données non actualisées est légal, l'exploitant d'un moteur de recherche n'en est pas moins tenu d'aménager la liste des résultats de telle sorte que celle-ci fasse d'abord apparaître au moins un lien menant vers une page web comportant des informations à jour, afin que l'image en résultant soit fidèle à la situation judiciaire actuelle de la personne concernée. Dans tous les cas, le maintien des liens avec des informations pénales doit être strictement nécessaire à l'information du public.

Dans une des affaires jugées le 6 décembre 2019, le Conseil d'État a estimé qu'un particulier, condamné en 2010 à une peine de sept ans d'emprisonnement, peut demander le déréférencement des liens menant vers des chroniques judiciaires exactes faisant état de sa condamnation, alors même qu'il est toujours sous suivi socio-judiciaire. « Le maintien de ces liens – relatifs à des faits anciens et concernant un individu sans notoriété – ne peut être regardé comme strictement nécessaire à l'information du public, ce d'autant plus que l'accès aux données relatives à des condamnations pénales (notamment au casier judiciaire) n'est en principe possible, en France, que dans des conditions strictement limitées » (arrêt n° 401258). En revanche, l'accès du public à des articles de presse relatant la condamnation d'un maire, pour apologie de crimes de guerres ou contre l'humanité, est strictement nécessaire à l'information du public. L'annulation de la condamnation en cassation ne suffit pas à rendre illégal le référencement des liens,

compte tenu de la notoriété de l'intéressé et des conditions dans lesquelles les propos litigieux ont été tenus et repris. En outre, les pages vers lesquelles ils mènent comportent un addendum mentionnant cette décision de justice ultérieure (arrêt du 6 décembre n° 405464). Enfin, une actrice d'une série diffusée à la télévision ne peut exiger le déréférencement de liens menant vers des articles faisant état de sa condamnation, en 2018, pour des faits de violence conjugale. Ces articles reprennent des propos qu'elle a tenus, dans une interview récente donnée au sujet de sa condamnation, et sont donc strictement nécessaires à l'information du public (arrêt du 6 décembre n° 429154).

Les données touchant à la vie privée sans être sensibles

Le droit au déréférencement n'est pas absolu. La CNIL peut refuser de faire droit à la demande s'il existe un intérêt prépondérant du public à accéder à l'information en cause.
Le droit à la liberté de l'information l'emporte alors sur le droit au respect de la vie privée du demandeur.
Ainsi, un particulier est fondé à demander le déréférencement de liens menant vers des pages web relatives au brevet d'invention qu'il a déposé et mentionnant son adresse personnelle. Dans ce cas en effet, l'intérêt du public à accéder à l'information n'est pas prépondérant. Le demandeur n'a déposé qu'un brevet, ancien et ayant expiré. Les moyens de le joindre peuvent être trouvés par d'autres voies (arrêt du 6 décembre n°405910). Mais l'intérêt du public à accéder à des informations relatives à l'activité et aux

coordonnées professionnelles d'un médecin généraliste est prépondérant et justifie le refus de la CNIL de procéder au déréférencement des liens menant vers ces informations (arrêts du 6 décembre, n° 403868 et 403869).

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

Vie privée et outils informatiques professionnels

Cour de cassation, ch. sociale (n° 17-28448) arrêt du 23 octobre 2019, Mme P/ société I…N…

Sont couverts par le secret des correspondances les messages électroniques, échangés au moyen d'une messagerie instantanée, à partir d'un ordinateur professionnel, provenant d'une boîte aux lettres électronique personnelle, distincte de la messagerie professionnelle.

Madame P, secrétaire au sein de la société I…N…, a été licenciée pour faute grave. Son employeur a constaté en son absence que la boîte de messagerie personnelle instantanée MSN Messenger de son employée, accessible depuis son ordinateur professionnel, comprenait des échanges d'ordre privé avec une autre employée et mettait en évidence des transferts de documents confidentiels appartenant à l'entreprise auxquels elle ne pouvait avoir accès compte tenu de ses fonctions. Outre l'envoi de mails comprenant des « considérations personnelles ou des éléments personnels de sa vie privée, totalement étrangers au fonctionnement de

l'entreprise », l'employeur lui reproche un vol de documents à des fins personnelles en vue de les divulguer à des employés.
La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 septembre 2017, a donné tort à l'employeur qui avait accédé à sa boîte personnelle. Elle a estimé que les messages instantanés ne constituaient pas des modes de preuve licites, au motif qu'« à l'évidence un tel compte de messagerie est personnel et distinct de la messagerie professionnelle sans qu'il soit besoin d'ajouter une mention « personnel » ou encore « conversation personnelle ».
La Cour de cassation a validé la position de la Cour d'appel. Elle confirme ainsi sa jurisprudence posée par l'arrêt NIKON (Cass. Soc., n° 99-42942, 2 décembre 2001) et affirmant le droit du salarié au respect de sa vie privée sur son lieu de travail : les courriels adressés et reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail, sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels (voir également Cass.soc., n° 12-11866, 16 mai 2013). La même position a été prise plus récemment (Cass.soc, n°14-27949, 7 avril 2016) à l'égard d'une Cour d'appel qui n'avait pas vérifié si un message électronique litigieux était issu d'une boîte à lettre électronique personnelle, distincte de la messagerie professionnelle, couverte par le secret des correspondances.

L'usage « mixte » de moyens informatiques mis à la disposition d'un employé par son entreprise a fait l'objet d'une abondante jurisprudence.

Droit de l'espace numérique

S'agissant des fichiers, la Cour de cassation, chambre sociale, dans un arrêt du 21 octobre 2009 (n° 07-43.877), a jugé que les dossiers et fichiers, créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur, sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence. Cette ligne de partage s'applique aux documents contenus sur une clé USB (Cass.soc. n° 11-28649, 12 février 2013).
Seul le risque ou un événement particulier peut autoriser l'accès, hors de la présence du salarié, aux fichiers informatiques contenus identifiés comme personnels. Cette position a été confirmée par l'arrêt du 4 juillet 2012 de la chambre sociale de la Cour de cassation (n° 11-12502). Elle a été validée par la Cour européenne des droits de l'Homme (5e section, arrêt du 22 février 2018) qui a jugé qu'un employeur peut accéder aux données stockées sur l'ordinateur professionnel d'un employé, dès lors qu'elles ne sont pas identifiées comme étant privées.
En ce qui concerne un téléphone portable mis à la disposition de l'employé, la Cour de cassation (Cass. com., n° 13-14779, 10 décembre 2015) a pris une position similaire : « les messages écrits (« short message service » ou SMS) envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels ; qu'il en résulte que la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés comme étant personnels par le salarié ne constitue pas un procédé

déloyal au sens des articles 9 du code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve ».

Actualité pénale

Claudia GHICA-LEMARCHAND

PRINCIPE *NE BIS IN IDEM* – ATTENTAT DRUGSTORE PUBLICIS PARIS

CRIM. 14 novembre 2019, n° 18-83122, publ. Bull. à venir

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 14 novembre 2019 est une nouvelle étape dans le procès relatif à l'attentat perpétré le 15 septembre 1974 au Drugstore Publicis Paris. Un homme a jeté un engin explosif causant la mort de deux personnes, des blessures à 34 personnes et des dégâts matériels. Après une information judiciaire longue et de nombreux arrêts, la Cour d'assises de Paris, spécialement protégée, en appel, a déclaré l'accusé coupable d'assassinats, de tentatives d'assassinats, de dégradations volontaires par l'effet d'une substance explosive et de transport ou port d'un engin explosif, en l'espèce une grenade explosive, hors de son domicile et sans motif légitime, l'a condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, a constaté son inscription au fichier judiciaire national des auteurs d'infractions terroristes et a prononcé la confiscation des scellés. La décision a été contestée par un pourvoi en cassation contenant plusieurs moyens qui ne revêtent pas tous la même importance. La Cour de cassation a prononcé une cassation partielle. Une question de droit pénal de fond est essentielle et deux autres précisions de procédure sont intéressantes.

Les quatrième et cinquième moyens ont été réunis pour aboutir à l'application du principe ne bis in idem, dans ses conséquences pénales, du point de vue de la qualification, et civiles, du point de

vue de la réparation du dommage causé à la victime. L'accusé a été déclaré coupable, d'une part, d'assassinats, de tentatives d'assassinats, de destructions, et dégradations dangereuses pour les personnes commises par l'effet d'une substance explosive et, d'autre part, de transport ou port, hors de son domicile et sans motif légitime, d'un engin explosif, en l'espèce une grenade à main explosive. La Cour de cassation prononce une cassation partielle sur ce point, au visa du principe ne bis in idem, car le cumul des ces deux types de qualifications n'est pas possible. Selon les juges, « l'infraction de port ou transport d'une grenade était une opération préalable nécessaire à la commission des autres infractions, perpétrées le même jour, dont l'accusé a été reconnu coupable. Cette infraction à la législation sur les armes et les explosifs procède, de manière indissociable, d'une action unique avec les autres infractions dont l'accusé a été reconnu coupable, caractérisée par une seule intention coupable, et ne pouvait donner lieu à une déclaration de culpabilité distincte ». Il est intéressant de noter que, si la Chambre criminelle vise directement la règle ne bis in idem, elle n'utilise aucun fondement légal et elle le formule de manière précise : « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même accusé, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes ». S'il est de coutume de parler du principe ne bis in idem, la Cour le consacre uniquement en tant que règle lui permettant de régler un conflit de qualifications.

L'hypothèse envisagée par la Cour de cassation vise le concours idéal de qualifications d'une action unique qui ne peut se diviser en plusieurs faits distincts et qui, à ce titre, requiert une qualification

unique. Le choix se fait souvent entre une infraction-moyen et une infraction-fin. Les juges privilégient l'infraction-fin qui absorbe le moyen de commission qui revêt une qualification pénale autonome. Ce choix est confirmé par la Cour de cassation qui rappelle que le port de grenade était une opération préalable nécessaire, donc un moyen, à la perpétration des autres infractions d'assassinats et destructions. Le mieux est l'ennemi du bien et il ne sert à rien de cumuler des infractions qui présentent une unité d'action, mais aussi une unité d'esprit.

La Cour assortit l'application de la règle ne bis in idem d'une condition – « une seule intention coupable ». L'arrêt du 14 novembre nous confronte à une « cascade » de cumuls d'infractions. Si la Cour censure le cumul entre « d'une part, les assassinats, tentatives d'assassinats, et destructions, dégradations » et, « d'autre part, le transport ou port, hors de son domicile et sans motif légitime, d'un engin explosif », elle ne relève pas la question du cumul des infractions-fin contenues dans la première série de déclarations de culpabilité. Il y a, tout d'abord, un cumul d'infractions contre les personnes et contre les biens, et, ensuite, un cumul d'infractions contre les personnes et un cumul d'infractions contre les biens.

Ce dernier cumul est facile à justifier et à appliquer et il répond aux règles de qualification classiques. En premier lieu, l'explosion de la grenade a causé le décès de certaines victimes, alors que d'autres n'ont pas été atteintes par l'explosion. À l'égard de certaines victimes, l'acte est simplement entré en phase de commencement d'exécution, puisque la grenade a été lancée, mais a manqué son effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur (la proximité des victimes du lieu de l'explosion).

Actualité pénale

Compte tenu de la multitude des victimes et de la différence des conséquences produites à l'égard de chaque individu, l'acte revêt plusieurs qualifications pénales. L'infraction d'assassinat, meurtre aggravé, étant une infraction matérielle, le résultat est incorporé à sa structure et permet d'affiner la caractérisation des infractions. De même, les infractions matérielles aux biens se distinguent par la gravité de l'atteinte. À l'égard de certains magasins et marchandises, détruites par l'explosion, s'applique la qualification de destruction, alors que lorsque le bien a été affecté dans sa substance, mais avec une possibilité de réparation, seule la dégradation peut être retenue. Encore une fois, l'infraction est matérielle, se caractérisant par un résultat, comme l'assassinat. Le cumul de qualifications est justifié ici par la multitude de victimes et la différence des conséquences, à l'égard des personnes ou des biens, engendrées par la même action d'utilisation de la grenade. Mais il est plus intéressant de noter que la Cour de cassation entérine aussi le cumul des infractions contre les personnes et les biens dans la même action.

Qu'est-ce qui justifie l'application de l'assassinat, infraction contre les personnes, et de la destruction, infraction contre les biens, dans une même action ? La Cour de cassation y répond de façon indirecte : l'intention coupable n'est pas la même. Cette solution n'est pas sans rappeler l'arrêt de principe rendu par la Chambre criminelle le 3 mars 1960 qui pose les fondements de l'analyse du concours idéal de qualifications. Il s'agissait d'un individu ayant lancé une grenade sur la terrasse d'un café pour provoquer le décès de plusieurs victimes, ainsi que des dégâts matériels. Déclaré coupable de tentative de meurtre et de tentative de destruction par substance explosive, il conteste cette double déclaration de

culpabilité qui ne saurait s'appliquer « au même fait diversement qualifié ». Son pourvoi est rejeté au motif « qu'il ne s'agit pas, en tel cas, d'un crime unique, dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire au vœu de la loi, mais de deux crimes simultanés, commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables essentiellement différentes ». Ainsi, la Cour pose les fondements de la multiple qualification d'une action unique lorsque plusieurs valeurs sociales sont protégées par les infractions en concours. Ainsi, le fait de lancer la grenade constitue une tentative de destruction par explosif, infraction protégeant le droit de propriété, alors que le meurtre protège la vie humaine. Les intérêts sociaux pris en compte par le droit pénal sont différents, ce qui modifie l'élément moral de chaque infraction. Si l'élément matériel est le même – le fait d'avoir lancé la grenade – l'élément moral est différent pour chaque infraction, puisque, dans la première, l'auteur tente d'atteindre le bien, alors que, dans la seconde, il s'en prend à la vie d'une personne humaine. L'élément moral repose intrinsèquement sur la conscience de violer la loi pénale et la volonté d'obtenir le résultat qu'elle interdit.

L'arrêt de 2019 n'est donc pas novateur dans les solutions proposées. Néanmoins, son intérêt est souligné par tous les praticiens à plusieurs égards. D'une part, il témoigne du développement de la règle ne bis in idem et la forme de l'arrêt rédigé selon les nouvelles règles de rédaction est empreinte de rigueur et de méthode. Malgré cela, l'arrêt est plus important par ce qu'il ne dit pas, à savoir le cumul d'infractions fondé sur la différence d'intentions coupables, que sur la censure prononcée sur le cumul entre l'infraction-fin et l'infraction-moyen. Sous une formulation moderne et dynamique, la Cour de cassation conserve

une solution bien établie qui contourne l'interprétation de la règle ne bis in idem fondée sur une approche purement matérielle de l'idem. Si la règle repose sur la prise en compte de l'action, donc de l'élément matériel, elle ne peut se soustraire à l'analyse globale de l'infraction qui prend en compte aussi l'intention coupable, à savoir l'élément moral. À ce titre, la valeur sociale qui sous-tend la dimension intellectuelle de l'élément moral reste la boussole des juges et elle guide l'application de la loi.
Avec une dernière remarque en guise de mise en garde. Cette solution qui intervient dans le cadre du concours idéal de qualifications modifie la situation juridique qui bascule dans le concours réel d'infractions. À partir du moment où on admet plusieurs qualifications, le juge devra gérer l'application de la peine, selon les règles posées par le Code pénal, à l'article 132-3, mais de cela l'arrêt présent ne dit mot !

La Cour de cassation apporte deux précisions supplémentaires de procédure, même si elles revêtent une moindre importance.
Le deuxième moyen du pourvoi critiquait les juges du fond qui avaient refusé de prononcer la nullité de la procédure, alors même qu'ils refusaient la présentation du scellé d'une photographie qui avait été rendue impossible par sa disparition. La Cour de cassation approuve cette analyse en rappelant que « lorsque les pièces à conviction ont disparu, leur disparition n'est pas une cause de nullité s'il n'est pas établi qu'elle a porté atteinte aux droits de la défense ». Or, la défense n'avait pas démontré ce que cette pièce à conviction pouvait apporter à la compréhension ou au jugement de cette affaire, de sorte qu'il n'y avait pas d'atteinte aux droits de la défense.

Actualité pénale

Le troisième moyen critiquait la qualification terroriste des faits en ce qu'il déclenche des règles de compétence spéciales. La nature terroriste des infractions, définie à l'article 421-3 du Code pénal, vient donner une coloration spéciale à des infractions de droit commun et élève les peines encourues. Elle a été créée par le nouveau Code pénal, entré en vigueur en 1994. Ainsi, le pourvoi critique l'application de la qualification terroriste créée en 1994 à des faits commis en 1974 comme violant le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. La Cour de cassation rejette le moyen en considérant que « le caractère terroriste de l'infraction a eu, dans la présente affaire, pour seule conséquence la compétence de la juridiction spécialisée ». Ainsi, les juges ne se sont pas penchés sur une nouvelle définition terroriste de l'infraction ou de sa peine, mais se sont bornés à appliquer l'article 706-16 fixant les règles de compétence de la Cour d'assises spécialement composée, parmi lesquelles se trouvent les infractions terroristes. La Cour de cassation fait une application immédiate des lois de procédure, relatives à la compétence de la juridiction et écarte la critique de rétroactivité formulée par le pourvoi qui visait exclusivement les lois de fond, relatives à l'incrimination, de par son caractère terroriste, ou à la peine, de par l'application d'une circonstance aggravante élevant la peine encourue. La nature terroriste était ici utilisée comme « seul critère de compétence », donc pouvant s'appliquer même si la loi l'introduisant était postérieure aux faits commis.

Actualité pénale

SAISIE – PROPORTIONNALITÉ

CRIM. 6 novembre 2019, n° 19-82683, publ. à venir au Bull.

Un individu est mis en examen pour proxénétisme aggravé et les juges ordonnent la confiscation de trois immeubles lui appartenant par le biais d'une société civile immobilière, puisque ces immeubles sont le lieu de commission des faits.

L'article 131-21 définit la peine de confiscation, peine complémentaire encourue de plein droit pour tous les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à trois ans. Son assiette est très largement définie puisqu'elle peut porter sur « tous les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, et dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition » et « à tous les droits incorporels, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis » ou sur ces mêmes biens lorsqu'ils sont le produit de l'infraction. Compte tenu de son champ large d'application, la loi a facilité son application et a prévu la possibilité d'ordonner « en valeur » de manière préventive au cours même de l'enquête de police ou de l'instruction, selon les articles 706-141-1 et 706-153 du Code de procédure pénale. Mais l'article 131-21 pose une condition de proportionnalité de la confiscation lorsqu'elle porte sur le produit de l'infraction, car « la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit ».

L'article 225-5 du Code de procédure pénale définit le

proxénétisme et est complété par l'article 225-24, 1°, qui permet de prononcer à l'égard de toute personne physique ou morale « la confiscation des biens meubles ou immeubles, divis ou indivis ayant servi directement ou indirectement à commettre l'infraction ainsi que les produits de l'infraction détenus par une personne autre que la personne victime de la traite des êtres humains ou se livrant à la prostitution elle-même », alors que l'article 225-25 précise l'assiette de la mesure qui porte sur « tout ou partie des biens leur appartenant ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont elles ont la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis ».

En l'espèce, le juge d'instruction a ordonné la saisie, entre les mains du notaire, du produit de la vente des immeubles de la société civile immobilière appartenant à la personne mise en examen, donc une somme avoisinant 2 500 000 euros. La chambre de l'instruction infirme l'ordonnance et cantonne la saisie à 436 000 euros, le montant des gains tirés par la personne poursuivie de l'infraction de proxénétisme aggravé reprochée. Les juges sanctionnent ainsi la disproportion entre la saisie prononcée et le montant possible de la confiscation en considérant « que pour qu'une saisie en valeur soit ordonnée, il est exigé que la valeur du bien dont la saisie est envisagée soit en corrélation avec le montant des gains issus de l'infraction susceptible d'être constituée », tout en constatant que la société ne peut être considérée comme propriétaire de bonne foi puisque « ces immeubles constituent le lieu des faits de proxénétisme aggravé ». La Cour de cassation censure le raisonnement des juges d'appel.

La Chambre criminelle fait une stricte application de l'article 131-21 du Code pénal et rappelle les conditions de la saisie en vue de la

confiscation. Il convient de distinguer deux assiettes de la confiscation. D'une part, elle peut porter sur l'instrument de l'infraction et, d'autre part, elle peut viser le produit de cette dernière. Dans un cas, comme dans l'autre, elle connaît des limites résultant des liens qu'elle entretient avec la commission de l'infraction. Dans le premier cas, lorsque la confiscation vise le bien en tant qu'instrument de l'infraction, elle est limitée à la partie du bien dont l'auteur de l'infraction est propriétaire ou a la libre disposition « sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi ». Dans le second cas, lorsque l'infraction porte sur le produit de l'infraction, elle est limitée « à concurrence de la valeur estimée de ce produit ».

En l'espèce, la chambre de l'instruction a doublement confondu les deux cadres de la confiscation et a méconnu les règles applicables.

D'une part, les juges se sont placés dans le cadre de la confiscation de l'instrument de l'infraction (les immeubles de commission des faits de proxénétisme aggravé), mais ont appliqué la limite de la valeur du produit de l'infraction (les gains tirés par le proxénète de son activité). En limitant la saisie en vue d'une confiscation ultérieure à 436 000 euros, ils méconnaissent le régime juridique du cadre de confiscation applicable.

D'autre part, la confiscation de l'instrument de l'infraction peut connaître une limite en protégeant les droits du propriétaire de bonne foi, ce qui pose la question de l'implication de la société civile immobilière dans ce cas. En tant que personne morale, la SCI est un propriétaire qui mérite que l'on prenne en considération ses propres intérêts. Mais pour cela, l'article 131-21 exige deux conditions. La première est la réalité du droit de propriété exercée, alors que la seconde vérifie sa probité puisque le tiers propriétaire

doit être de bonne foi. La Cour de cassation écarte toute possibilité de prendre en considération les droits de la société civile immobilière dans l'affaire présente. En premier lieu, son droit de propriété est une coquille juridique vide, puisque la personne physique a la libre disposition des immeubles, ce qui atteste de la « fiction » juridique du montage. En second lieu, les juges de la chambre de l'instruction eux-mêmes ont constaté que la société ne pouvait être considérée comme « étant de bonne foi », donc elle ne peut bénéficier de la protection exceptionnelle accordée par l'article 131-21 du Code pénal à un tiers qui serait, en quelque sorte, victime par ricochet, de l'infraction dont il ignore l'existence et les mécanismes. Dans notre cas, la SCI accueille, au sens matériel comme juridique, la commission de l'infraction, ce qui la disqualifie pour bénéficier d'une protection et de la mansuétude de la loi pénale.

Si la Cour de cassation veille à la proportionnalité de la peine par rapport à l'infraction commise, elle le fait dans le cadre strict de la loi. La complexification des règles de confiscation et saisie a rendu leur régime juridique plus difficile, mais dans un sens unique qui est celui du renforcement de la répression portant sur le patrimoine.

OBLIGATION DE DÉSIGNATION DU CONDUCTEUR

Crim. 30 octobre 2019, n° 19-80081

Une société a reçu trois avis de contravention pour non-désignation par le représentant légal de la société de l'identité et de l'adresse du conducteur des véhicules contrôlés en excès de vitesse. Elle a

contesté les contraventions au motif que l'obligation de désignation pesait sur le représentant légal de la société et non sur la personne morale elle-même. Le tribunal correctionnel l'a déclarée coupable des trois contraventions et l'a condamnée à trois amendes de 450 euros, décision confirmée en appel. La Cour de cassation approuve l'analyse des juges et rejette le pourvoi.

L'article L 121-6 du Code de la route contient un dispositif légal d'incrimination intéressant. L'alinéa 1er fait obligation au représentant légal d'une personne morale d'indiquer l'identité et l'adresse de la personne physique conduisant le véhicule lors de la commission d'une infraction au Code de la route avec un véhicule dont le titulaire du certificat d'immatriculation est une personne morale ou qui est détenu par une personne morale, « à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol, d'une usurpation de plaque d'immatriculation ou de tout autre événement de force majeure ». Est ainsi mise à la charge du représentant légal une véritable obligation de dénonciation, obligation dont la violation est assortie d'une peine puisqu'en cas de méconnaissance, le représentant légal encourt une peine de quatrième classe, selon l'alinéa 2 du même article. Le dispositif légal est fort ingénieux. En vertu du principe à valeur constitutionnelle de la responsabilité pénale individuelle, seule la personne ayant personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut voir sa responsabilité pénale engagée. Afin de contourner cette difficulté, le Code de la route fait peser sur le dirigeant légal une obligation personnelle de dénonciation. En cas de violation, il commet une infraction autonome de l'infraction au Code de la route qui a fait l'objet de la première contravention. Sa responsabilité reste personnelle même si elle surgit d'une infraction commise par un tiers. En retenant ce dispositif, la

rédaction proposée par le loi du 18 novembre 2016 ménage la responsabilité pénale personnelle, mais elle ne tire pas de conséquence de l'intervention de la personne morale. L'auteur de la contravention est le représentant légal, mais en raison de l'infraction commise avec le véhicule de la personne morale, peut-elle voir sa responsabilité engagée ?

En vertu du principe de légalité pénale et de son premier corollaire naturel de l'interprétation stricte, la loi pénale doit être entendue dans un sens fidèle à sa lettre et à son esprit et toujours se montrer favorable à la personne mise en cause. Mais le principe peut céder devant les impératifs de la répression et, dans ce cas, la poursuite de la personne morale peut constituer « un levier dissuasif » (circulaire du 29 janvier 2019 CRIM/2019-01-E1-29/01/2019). La Cour de cassation a entrepris un véritable travail de reconstruction de l'obligation de dénonciation en lui donnant un sens qui peut considérablement s'éloigner de la lettre du Code de la route.

En premier lieu, au cours de l'année 2018, la Cour de cassation a refusé de transmettre plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Si, officiellement, les questions « ne présentaient pas un caractère suffisamment sérieux », les juges se livrent à un examen méthodique et minutieux du mécanisme mis en place pour en souligner les forces et renforcer l'efficacité. Ainsi, le dispositif de l'article L. 121-6 du Code de la route « assure un juste équilibre entre les nécessités de la lutte contre l'insécurité routière et le droit de ne pas s'auto-incriminer, ne méconnaît pas les droits de la défense et ne porte aucune atteinte au principe d'égalité entre les justiciables » (Crim. 7 février 2018, n° 17-90023) dans la mesure où « la protection de l'ensemble des usagers de la route impose que ne soit pas assurée

l'impunité d'un conducteur dont le comportement dangereux est avéré » (Crim. 4 avril 2018, n° 18-90001) puisque le législateur met « à la charge du représentant légal de la personne morale une mission relevant d'un service de police dans la mesure où il doit seulement communiquer un renseignement relatif à la gestion de l'entreprise et non pas procéder à une enquête » (Crim. 27 juin 2018, n° 18-90013).

Ensuite, par quatre arrêts rendus le même jour, le 11 décembre 2018 (n° 18-82.631, n° 18-81.320, n° 18-82.820, n° 18-82.631), pour plus de solennité, la Chambre criminelle considère que l'article L 121-6 du Code de la route n'exclut pas l'application de l'article 121-2 du Code pénal selon lequel la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée lorsque l'infraction est commise pour son compte par son organe ou représentant. Ainsi, la contravention de non-désignation du conducteur du véhicule lors de la commission de l'infraction, infraction personnellement imputable au représentant légal, peut entraîner la responsabilité de la personne morale puisque ce dernier est organe. Le modèle de responsabilité pénale mis en œuvre par le Code de la route n'est plus exclusif, mais devient alternatif, laissant le choix aux agents verbalisateurs d'adresser l'avis à contravention, soit personnellement au dirigeant, soit institutionnellement à la personne morale qu'il représente. L'efficacité de la répression commande de se tourner vers la personne morale puisqu'elle encourt une amende qui est égale au quintuple de celle encourue par la personne physique. Dans le cadre des contraventions de quatrième classe, l'amende forfaitaire minorée est de 90 euros, raison pour laquelle les amendes à l'encontre des sociétés peuvent atteindre 450 euros.

Actualité pénale

Mais la Cour de cassation va encore plus loin puisqu'elle procède à une réécriture de l'article L 121-6 du Code de la route dans ses trois arrêts du 15 janvier 2019 (n° 18-81.310, n° 18-82.446, n° 18-82.380). Dans le dernier arrêt, les juges du fond ont relaxé la société poursuivie pour non-désignation du conducteur dans la mesure où son représentant légal avait directement réglé l'amende, se désignant ainsi dans les faits comme auteur de l'infraction. Le fait de ne pas avoir respecté la procédure en cochant la case de désignation était une erreur matérielle lui permettant de dégager sa responsabilité pénale. La Cour de cassation casse le jugement de relaxe car « la société n'avait pas indiqué, selon les modalités précitées, l'identité, l'adresse et la référence du permis de conduire de la personne physique qui conduisait le véhicule, fût-elle son gérant ». Elle applique ainsi les exigences de procédure pesant sur la personne physique, son représentant légal, à la personne morale représentée, en assimilant juridiquement les deux.

Dans l'arrêt du 30 octobre 2019, la Cour de cassation rappelle les exigences de sa jurisprudence, qui continue de soulever quelques interrogations.

La solution est simple et repose sur la combinaison de deux articles. L'article L 121-6 du Code de la route édicte une contravention de non-désignation à la charge du représentant légal d'une société. L'article 121-2 du Code pénal permet de retenir la responsabilité pénale de la personne morale lorsque l'infraction est commise pour son compte par un de ses organes ou représentant. L'amende de quatrième classe est ainsi multipliée par cinq. Le dispositif est efficace et dissuasif, mais appelle plusieurs remarques.

D'une part, la Cour de cassation assimile la responsabilité pénale de la personne physique et de la personne morale pour cette

infraction. Or, les articles 121-1, posant le principe de la responsabilité pénale individuelle, et 121-2, définissant la responsabilité pénale de la personne morale, ne sont pas cumulatifs, mais alternatifs. La responsabilité pénale de la personne morale jaillit de l'infraction commise par son organe ou représentant, mais pas de l'infraction commise par elle-même. À ce titre, la formule employée par les arrêts du 15 janvier 2019 mettant à la charge de la personne morale l'obligation de dénonciation selon la procédure définie par le Code de la route étonne.

D'autre part, l'amende mise à la charge de la personne morale est le quintuple de l'amende encourue par la personne physique, puisqu'on passe de 90 euros à 450 euros. L'absence de désignation du conducteur entraîne donc une perte pour la personne morale. Dès lors, cette infraction peut-elle être considérée comme ayant été commise dans son intérêt ? Si son intérêt ne s'entend pas dans un sens purement matériel, il est tout de même difficile de voir l'intérêt de la personne morale dans la non-désignation. Elle doit être clairement distinguée de la commission de l'infraction d'origine, qui, elle, pouvait être commise dans son intérêt, mais pas nécessairement par un organe ou représentant.

Enfin, l'article 121-2 pose le principe du cumul des responsabilités pénales de la personne physique et de la personne morale. Dans ce cas, doit-on systématiquement doubler les poursuites et les condamnations ? Le fait de viser la personne morale en excluant la responsabilité individuelle du représentant légal semble opérer un choix se rattachant à une responsabilité personnelle de la personne morale. Est-ce un retour insidieux de la présomption de commission de l'infraction par un organe ou représentant introduite par la Cour de cassation en 2006 et qui avait abouti à l'autonomisation de la

responsabilité pénale de la personne morale ? Cela y ressemble fortement …

DROIT PÉNAL ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE – NEUTRALISATION DE L'INCRIMINATION

Crim. 5 novembre 2019, deux arrêts, n° 18-82989 et 18-80554, publ. Bull. à venir

Le droit pénal est de plus en plus souvent au contact du droit de l'Union européenne et peut s'en trouver affecté, comme le montrent les deux arrêts du 5 novembre 2019.
Des éleveurs de bovins français se fournissaient directement en médicaments en Espagne, alors qu'ils n'avaient pas demandé d'autorisation d'importation des produits. Les juges du fond les condamnent pour différentes infractions d'importation sans autorisation de médicaments vétérinaires, transport ou port des ces mêmes substances. L'administration des douanes, ainsi que le conseil national de l'ordre des vétérinaires, font valoir le respect de la réglementation européenne et le Code de la santé publique édictant des obligations d'autorisation préalable d'exploitation.
La Cour de cassation écarte l'application des qualifications pénales en rappelant qu'il « appartient au juge répressif d'écarter l'application d'un texte d'incrimination de droit interne lorsque ce dernier méconnaît une disposition du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou un texte pris pour l'application de celui-ci ». En effet, le juge pénal s'assure de la compatibilité de la loi

pénale interne par rapport aux traités, selon l'article 55 de la Constitution. En vertu de la primauté du droit de l'Union européenne, ce dernier peut produire deux types d'effets sur le droit pénal. Soit il peut créer une nouvelle incrimination. Dans ce cas, elle doit être transposée par le législateur national pour produire un effet direct, car elle n'est pas directement opposable au justiciable. Soit le droit de l'Union européenne neutralise une incrimination française en élargissant le domaine des libertés. Dans ce cas, le juge pénal doit écarter la loi pénale interne qui punit cette conduite.

Les arrêts du 5 novembre 2019 se placent dans cette seconde hypothèse et utilisent deux arguments pour écarter la responsabilité pénale des éleveurs et se conformer, à la fois, à la lettre et à l'esprit des normes visées.

D'une part, la réglementation européenne définit une procédure d'importation de médicaments vétérinaires qui a été transposée par des dispositions réglementaires en matière d'étiquetage, de notice et de pharmacovigilance, mais qui visent exclusivement les établissements pharmaceutiques vétérinaires. Par voie de conséquence, les éleveurs se trouvent exclus du champ d'application de ces obligations. Leur violation ne peut donc pas leur être reprochée. La lettre même des normes européennes l'exclut.

D'autre part, la primauté du droit européen s'entend aussi dans l'interprétation des mesures imposées. Or, dans le premier arrêt, les juges du fond ont noté que « la Cour de justice a retenu que soumettre les éleveurs aux règles applicables aux établissements pharmaceutiques vétérinaires de distribution en gros, en exigeant qu'ils satisfassent à toutes les obligations pesant sur ces

établissements constituent une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation, injustifiée car excessive au regard de l'objectif poursuivi de protection de la santé publique », ce qui les conduit à décider « qu'il n'est pas possible d'imputer pénalement aux éleveurs une importation sans autorisation, certificat ou enregistrement, alors qu'en infraction avec le droit communautaire, la réglementation nationale leur interdit d'accéder à une telle autorisation ». L'esprit de la norme européenne est de limiter la procédure d'autorisation préalable au secteur sanitaire et vétérinaire afin de favoriser la liberté de circulation des biens et marchandises. La loi pénale interne restrictive doit être écartée pour répondre à la primauté des textes de l'Union européenne.

Police administrative

Ludovic Guinamant

Le Conseil d'État se prononce sur l'impossibilité de considérer des membres d'une force de police comme des civils au sens du droit d'asile

Conseil d'État, 2ème et 7ème chambres réunies, 11 décembre 2019, n° 427714

M. A. , ressortissant afghan, était, à son départ d'Afghanistan, et ainsi qu'il l'a lui-même indiqué, membre d'une unité de l'ALP, la police locale d'Afghanistan, force chargée de la sécurité de son village et d'actions de lutte contre l'insurrection, placée sous le contrôle de la police nationale afghane. Arrivé en France, il a demandé que lui soit reconnu le statut de réfugié ou, à défaut, accordé le bénéfice de la protection subsidiaire.
Par une décision du 28 décembre 2016, le directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) a rejeté sa demande. Par une décision du 6 décembre 2018, contre laquelle l'OFPRA se pourvoit en cassation, la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) a fait droit aux conclusions de M. A., en considérant qu'il remplissait les conditions de l'article L. 712-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui prévoit notamment que : « Le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié et pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves suivantes (…) c) S'agissant d'un civil, une menace grave et individuelle contre sa vie

ou sa personne en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle et résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ».
Toutefois, le Conseil d'État annule la décision de la CNDA, en considérant que cette dernière avait inexactement qualifié les faits de l'espèce, dès lors que M. A. ne pouvait pas être qualifié de civil au sens des dispositions de l'article L. 712-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

La force probante des documents d'identité et de voyage contre fraude à l'identité : la Cour de Cassation se prononce en faveur de la présomption de réalité des éléments figurant sur un document authentique

Cour de cassation, 1ère chambre civile, 21 novembre 2019, F-P+B+I, n° 19-17.726
Cour administrative d'appel de Lyon, 5ème chambre, n° 19LY01267

M. X, ressortissant se disant ivoirien et mineur isolé sur le territoire national, a saisi le juge des enfants en vue de son placement à l'aide sociale à l'enfance.
Par une ordonnance en date du 29 juin 2018, le juge des enfants a ordonné un examen radiologique osseux et, par jugement du même jour, a confié provisoirement M. X à l'aide sociale à l'enfance dans l'attente des résultats de cet examen. Le département du Cantal a alors saisi la Cour d'appel de Riom qui a confirmé cette ordonnance.

Police administrative

Le département du Cantal s'est pourvu en cassation et fait grief à l'arrêt d'ordonner le placement de M. X auprès de l'aide sociale à l'enfance du Cantal, alors qu'il contestait l'identité de M. X et soutenait que le passeport qui lui avait été délivré l'avait été sur la base de documents faux ou frauduleusement utilisés et qu'en se fondant sur le passeport produit par M. X sans s'expliquer sur le point de savoir s'il pouvait revendiquer l'identité de la personne que concernait ce passeport, la Cour d'appel avait dénaturé les faits.

Il ajoutait ainsi que, lorsqu'un département fait état, pour contester la minorité, d'un faisceau d'indices, les juges du fond étaient tenus de procéder à un examen groupé de ces indices.

En l'espèce, le département du Cantal faisait état des éléments suivants : résultats des tests osseux, incohérences du discours, apparence physique de l'intéressé, caractère douteux des documents invoqués, notamment du jugement supplétif, outre la circonstance qu'un autre département et l'Espagne avaient considéré qu'il était majeur.

Le département concluait qu'en s'abstenant d'examiner ces différents indices, dans une approche groupée, seule pertinente, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard de l'article 388 du Code civil.

Cet article précise que « le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de

l'intéressé ».

Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi du conseil départemental du Cantal au motif que, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des pièces soumises à son examen, le juge du fond avait estimé que le passeport avait les apparences de l'authenticité, et qu'il en a exactement déduit, répondant aux conclusions prétendument délaissées et hors toute dénaturation, que ce document d'identité valable suffisait à établir la minorité de l'intéressé, sans être tenue de s'expliquer sur les autres éléments de preuve produits par le département.

La Cour de Cassation donne, dès lors, compte tenu de la rédaction de l'article 388 du Code civil, une force probante supérieure à tout autre élément de preuve à un document d'identité valable étranger permettant de justifier les déclarations d'un individu qui revendique un des attributs de l'identité, en l'espèce la date de naissance, figurant sur ce même document vraisemblablement authentique.

Cet arrêt de principe semble ainsi ignorer que la falsification ou la contrefaçon d'un document d'identité ou de voyage n'est pas forcément le cas de fraude le plus usuel mais que le fraudeur peut également s'attaquer à la chaîne de documents permettant la délivrance d'un document ou également les cas de production des documents sources authentiques tout en usurpant l'identité d'un tiers.

En effet, cet arrêt de la 1ère chambre civile de la cour de Cassation est à mettre en lien avec l'arrêt de la 5ème chambre de la cour administrative d'appel de Lyon du 5 décembre 2019 relatif à l'authenticité d'un document d'état civil étranger qui rappelle les

termes de l'article 47 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

Les dispositions de l'article 47 du Code civil, relatives à l'acte d'état civil, instaurent bien une présomption d'authenticité d'un acte d'état civil mais considèrent que, s'il peut être falsifié, il peut également être irrégulier ou faire état de faits qui ne correspondent pas à la réalité. La lutte contre la fraude à l'identité est bien présente dans l'article 47, alors qu'elle parait absente des dispositions de l'article 388 du Code civil.

La cour administrative d'appel de Lyon, dans son arrêt du 5 décembre 2019, rappelle donc bien l'office du juge dans les dossiers liés à authenticité des actes d'état civil : « que la force probante d'un acte d'état civil établi à l'étranger peut être combattue par tout moyen susceptible d'établir que l'acte en cause est irrégulier, falsifié ou inexact. En cas de contestation par l'administration de la valeur probante d'un acte d'état civil établi à l'étranger, il appartient au juge administratif de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments produits par les parties. Pour juger qu'un acte d'état civil produit devant lui est dépourvu de force probante, qu'il soit irrégulier, falsifié ou inexact, le juge doit en conséquence se fonder sur tous les éléments versés au dossier dans le cadre de l'instruction du litige qui lui est soumis ».

Police administrative

L'identité numérique : quelle définition pour quelle protection ?

Université Toulouse- Capitole – Centre des Hautes études du ministère de l'Intérieur (CHEMI), journée d'étude de l'institut de droit privé - 12 décembre 2019

En 2018, le CHEMI a subventionné une étude, dirigé par Jessica Eynard, maître de conférence à l'Université de Toulous-Capitole, extrêmement importante dans un domaine juridique quasiment inexploré par la doctrine juridique : celui des enjeux de l'identité dans le numérique.

La journée d'étude du 12 décembre 2019 à Toulouse, qui a notamment réuni l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI), la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), la direction de programme interministérielle identité numérique et la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur, a permis de clôturer presque deux années de travaux avec l'intervention de plusieurs universitaires spécialistes de l'identité et/ou du numérique. Le monde bancaire et la région Occitanie ont également pu exprimer leurs attentes et leurs réalisations dans le domaine de la l'identification électronique.

Si les textes juridiques existent, comme le règlement européen n° 910/2014 du 23 juillet 2014, nommé communément « e-idas », l'article L. 102 du Code des postes et des communications électroniques et le règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016, dit le RGPD (Règlement général sur la protection des données), pour

Police administrative

l'architecture globale encadrant l'identité numérique, la doctrine universitaire était encore trop absente du débat de l'identification électronique sécurisée.

En effet, seul le Conseil d'État, dans son étude annuelle publiée en septembre 2017, « puissance publique et plateformes numérique : accompagner l'ubérisation », s'est réellement penché sur la question de l'ubérisation du contrôle d'identité et la question de la place de l'État. Ainsi, le Conseil d'État note : « Et l'État dans tout ça ? Il est concurrencé… La fonction de certification de l'identité par exemple est remise en cause : le « connectez-vous avec Facebook/Linkedin/Google » que l'on trouve de plus en plus sur les sites Internet n'est-il pas une forme de contrôle d'identité avec d'autres moyens qu'une carte d'identité ? »

Autour de l'équipe Jessica Eynard, maître de conférences à l'Université de Toulouse Capitole, il a donc été question de traiter plusieurs champs de la problématique liée à l'identité numérique : la matinée était consacrée à l'existence en droit de l'identité numérique et l'après-midi à l'encadrement juridique de cette identité numérique.

Si la question de l'usurpation de l'identité en droit pénal a ainsi été traitée, certaines interventions ont également permis d'appréhender la question de la cybersécurité. En effet, en instaurant une identification électronique pour l'accès aux services en ligne, le fournisseur de service lutte certes contre l'usurpation d'identité de chaque utilisateur mais protège également les données personnelles de ceux qui utilisent le téléservice en empêchant une faille de sécurité importante située dès l'entrée dans le système d'information.

Police administrative

Concernant la mise en pratique en France des schémas d'identification électronique, les participants ont abordé le moyen d'identification électronique ALICEM (décret n° 2019-452 du 13 mai 2019), le téléservice France Connect (arrêté du 8 novembre 2018) et la future carte nationale d'identité (règlement européen n° 2019/1157 du 20 juin 2019).
La publication des actes de cette journée est déjà très attendue et contribuera ainsi aux réflexions actuelles autour de l'architecture globale de l'identification électronique sécurisée et surtout de la déclinaison pratique de celle-ci en France.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Xavier Latour

Les maires au centre des attentions

En cette période de précampagne pour les élections municipales de mars 2020, les maires sont placés au centre de nombreuses attentions.

À ce contexte politique, des raisons plus structurelles s'ajoutent. Les projets de réformes du droit de la décentralisation, voulues par l'exécutif, incitent à réfléchir sur la place des élus locaux dans l'organisation territoriale en général, et dans celle de la sécurité intérieure en particulier. Le projet de loi « engagement et proximité » est ainsi en cours de discussion au Parlement.

Dans deux domaines différents, le mois d'octobre a été propice à une certaine effervescence intellectuelle.

Le Sénat aborde, d'une part, la sécurité des maires. D'autre part, le grand débat parlementaire sur l'immigration a lui aussi stimulé les propositions.

La sécurité des maires : une priorité

Ce thème a été développé par la commission des lois du Sénat, le 2 octobre 2019. Sous l'égide du sénateur Philippe Bas, les membres du « grand conseil des communes de France », pour reprendre la formule de Gambetta en 1875, ont rédigé un « plan d'action pour une plus grande sécurité des maires ».
Leur travail parachève une consultation des élus locaux. Si leur sécurité en constitue le noyau dur, le document contient,

également, diverses suggestions relatives aux pouvoirs de police municipale.

La mort tragique du maire de Signes a mis au grand jour l'exposition des élus locaux à la violence et à l'insécurité.

Les réponses au questionnaire du Sénat par 3 812 maires, adjoints et conseillers municipaux délégués de communes très variées traduisent une réalité souvent ignorée, bien que grandissante.
L'enquête nous apprend ainsi que 92 % des personnes interrogées « ont été victimes d'incivilités, d'injures, de menaces ou d'agressions physiques » depuis leur première élection. 14 % des élus ont même relaté avoir « subi des attaques physiques ». Il est vrai que l'exercice du pouvoir de police administrative les expose à des risques évidents.
Les élus sont d'autant plus décontenancés que, selon le sondage sénatorial, une part non négligeable des répondants ne trouveraient pas nécessairement une écoute suffisante auprès de leurs interlocuteurs, forces de sécurité intérieure et représentants de l'État. Cela expliquerait un taux de dépôt de plainte assez faible (37 % des victimes).

Pour répondre à ces inquiétudes qui expliquent en partie le refus de nombreux élus de se représenter, les auteurs du plan préconisent d'améliorer la couverture des frais engagés dans le cadre de la protection fonctionnelle. Celle-ci devrait d'ailleurs être systématiquement accordée aux maires victimes, sans délibération préalable du conseil municipal.
Les sénateurs appellent aussi les Parquets à plus de rigueur, tout

en incitant les préfectures à mieux assister les maires agressés.

Dans le prolongement de la réflexion sur la sécurité des maires, les rédacteurs du plan formulent des recommandations visant, globalement, à renforcer les prérogatives des élus. Ce faisant, ne seraient-ils d'ailleurs pas davantage exposés ? Une meilleure formation, comme cela est envisagée, suffirait-elle à sécuriser l'accomplissement de leurs missions ?

Si les sénateurs évoquent l'importance des conventions de coordination (obligatoires dès 3 agents), et le besoin d'assouplir la mutualisation des polices municipales dans les intercommunalités (qui ne serait plus conditionnée à une initiative du maire), l'essentiel du texte porte sur les compétences exercées.
Les maires bénéficieraient d'une capacité renforcée d'infliger des amendes administratives en cas de manquement continu ou répété « à la réglementation communale relative à l'occupation et à l'encombrement illégal du domaine public », ce qui deviendrait une alternative à la poursuite pénale. Ce faisant, la tendance à la « pénalisation » du droit de la police administrative se confirmerait.
Dans un même ordre d'idées, les maires infligeraient des amendes forfaitaires en cas de violation des arrêtés de police municipale aisément caractérisables, et dont la constatation ne nécessite pas d'actes d'enquête (par exemple, la consommation d'alcool sur la voie publique).

Dans un registre très différent, le document plaide pour une relance de la vidéoprotection et de caméras mobiles par l'intermédiaire du Fonds interministériel de prévention de la

délinquance. Or, depuis plusieurs années, les crédits ont été réaffectés à d'autres sujets, comme la radicalisation ou la prévention de la délinquance juvénile.

Toutes ces préconisations s'inscrivent dans la droite ligne des évolutions législatives introduites dans le projet de loi « engagement et proximité ».
Il devrait aboutir à renforcer les pouvoirs d'astreinte et d'exécution d'office du maire dans le domaine des établissements recevant du public, ainsi qu'à des pouvoirs accrus en matière de fermeture des débits de boisson, mais par délégation du préfet.

Le maire et l'immigration

Alors que l'exécutif entend renouveler la
façon de penser l'immigration en France, des élus développent une approche locale du sujet.

Ainsi, Monsieur Christian Estrosi, président de la commission consultative des polices municipales et délégué général de « La France audacieuse », a contribué au débat en transmettant au chef de l'État plusieurs propositions.

Pour le maire de Nice, les maires doivent être étroitement associés à la réflexion parce qu'ils sont directement concernés.
Le texte commence par établir un lien entre certains troubles à l'ordre public et la présence d'une population parfois nombreuse et paupérisée liée à l'immigration.

Puis, le mouvement politique demande que les maires puissent

avoir accès à l'identité des demandeurs d'asile déboutés présents sur le territoire de leur commune, et à celle de ceux faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire.

Ces idées ne sont guère éloignées de la volonté maintes fois répétée d'avoir accès aux fichiers « S ».

Elles soulèvent, en partie, des questions comparables. Revient-il aux maires de participer à la lutte contre l'immigration clandestine ? Les polices municipales sont-elles faites pour cela (formation, volonté…) ?

Le pouvoir exécutif a toujours manifesté son refus de donner aux maires des informations qui ne leur serviraient pas vraiment au quotidien en matière de police. N'est-ce pas à nouveau le cas ?

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**
Équipe éditoriale :	**Odile NETZER**