

La veille juridique

N°75, février 2019

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



Edito

La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice vient d'être promulguée après censure partielle du Conseil constitutionnel. Elle modifie profondément l'organisation judiciaire, notamment par la création d'un Parquet national antiterroriste et la substitution des tribunaux judiciaires aux actuels tribunaux de grande instance et tribunaux d'instance. Elle intéresse les officiers de police judiciaire (OPJ), s'agissant de leur habilitation, de leur compétence territoriale, tout en étendant la compétence des agents de police judiciaire (APJ) qui les secondent. Elle institue le dépôt de plainte par voie électronique, allonge dans certaines circonstances la durée de l'enquête de flagrance, modifie les règles de

(Suite page 2)

EDITORIAL

contrôle d'identité, notamment en mer territoriale. Elle autorise l'établissement de procédures sous une forme numérisée, annonciateur d'une procédure « zéro papier ». Les prochaines éditions de notre veille juridique reviendront sur les nouvelles dispositions. Les chercheurs, en quête de décisions de justice administrative ou judiciaire, liront avec intérêt les dispositions de la loi (art. 33) qui précisent que les décisions rendues par les juridictions sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique, sous réserve des règles particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité. S'appuyant sur les conclusions du rapport Cadiet sur l'*open data* des décisions de justice, la loi impose que les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans le jugement, lorsqu'elles sont parties ou tiers, soient occultés préalablement à la mise à la disposition du public. S'agissant des données d'identité des magistrats et des membres du greffe, leur maintien dans le texte – sauf circonstance particulière relative à leur sécurité – est cependant assortie d'une interdiction des traitements de données à caractère personnel permettant de réaliser un profilage des professionnels de justice à partir des décisions rendues, pouvant conduire à des pressions ou des stratégies de choix de juridiction de jugement. Il s'agit d'éviter une « justice prédictive » que favoriserait une exploitation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées.

Bonne lecture de notre veille juridique publiée avec un retard justifié par l'attente de la décision du Conseil constitutionnel du 22 mars 2019.

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





Sommaire

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

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric Debove

Le chien aboie, la caravane du Défenseur des droits passe et le gendarme trépassé !

En même temps qu'elle est focalisée sur la passe d'armes entre Jacques Toubon et le ministre de l'Intérieur au sujet de l'utilisation des lanceurs de balle de défense (LBD), - polémique sur laquelle une prochaine veille aura l'occasion de revenir -, l'actualité de la déontologie de la sécurité est également jalonnée de plusieurs décisions récentes du Défenseur des droits riches d'enseignements en termes de pratiques policières. Parmi celles-ci, une mention particulière revient à la **décision n° 2018-258 en date du 18 décembre 2018** qui a trait aux conditions dans lesquelles un mineur de 13 ans a été appréhendé puis retenu par des militaires de la gendarmerie ainsi qu'aux circonstances dans lesquelles des violences auraient été commises sur sa mère au moment où cette dernière venait récupérer son enfant. Petite cause, grande conséquence, c'est « l'effet papillon » comme l'aurait chanté Bénabar auquel l'auteur de ce commentaire emprunte quelques mots d'esprit !

Si tu lances une pierre sur le chien, courir très vite tu devras

Les faits de l'espèce sont d'une triste banalité : en juin 2016, de retour d'un match de football, plusieurs adolescents passent à proximité d'une caserne de gendarmerie lorsque certains d'entre eux se mettent à lancer des cailloux en direction d'un chien se

Déontologie et sécurité

trouvant dans l'enceinte de la brigade. Informés par leurs épouses respectives, témoins de ces agissements, les gendarmes M.F. et M.E., accompagnés de deux autres de leurs collègues, se transportent rapidement sur les lieux de l'incident. Après avoir recueilli de plus amples informations sur les auteurs des jets de pierre, les gendarmes se lancent alors à la poursuite des intéressés qu'ils appréhendent aisément quelques instants plus tard. Ramenés dans les locaux de la brigade de gendarmerie et admonestés, deux adolescents Y et Z âgés de 13 ans sont ensuite retenus le temps que leurs parents respectifs viennent les récupérer. Autant la prise en charge de Z par son père se déroule sans incidents, autant celle de Y est beaucoup plus tumultueuse. En effet, dès l'arrivée de la mère de Y, le ton monte entre les militaires de la gendarmerie et l'intéressée. Sur fond de remontrances éducatives et d'utilisation de téléphones portables, la discussion devient vite houleuse et s'accompagne de propos blessants et insultants de part et d'autre (« Pauvre femme », « petit Noir », d'une part, « le Blanc, faut savoir lire, faut savoir regarder », d'autre part). Irrité par le comportement provocateur et agressif de la mère de Y, l'un des gendarmes tente alors de s'emparer du téléphone portable à l'aide duquel Y filme toute la scène. Il s'ensuit un accrochage à l'occasion duquel la mère de Y tombe au sol puis s'y trouve maintenue quelques instants, le temps qu'elle se calme. Après l'intervention salutaire d'un autre gendarme, la situation s'apaise progressivement si bien que Y et sa mère peuvent enfin quitter la brigade de gendarmerie. Par la suite, et après avoir dûment fait constater ses symptômes et blessures et ceux de son fils auprès d'une unité médico-judiciaire d'un centre hospitalier, madame Y. allait déposer plainte contre X pour des faits de violences volontaires, discrimination raciale et abus d'autorité. Parallèlement, le gendarme impliqué dans

Déontologie et sécurité

l'altercation litigieuse procédait de la même manière en déposant une plainte pour violences volontaires. Tandis que la plainte de madame Y. devait être classée sans suite en considération de l'insuffisante caractérisation des faits, celle du militaire de la gendarmerie allait conduire à un rappel à la loi par officier de police judiciaire à l'encontre de madame Y.

C'est l'effet papillon, c'est normal fallait pas te faire choper !

Après avoir été saisi d'une réclamation se rapportant à cette intervention gendarmique litigieuse, le Défenseur des droits s'est efforcé, dans un premier temps, de démêler les faits avérés et certains, d'une part, des allégations purement hypothétiques et douteuses, d'autre part. En plusieurs endroits de sa décision, le Défenseur des droits reconnaît ne pas être en mesure d'établir la réalité d'un manquement à la déontologie de la sécurité tant les versions de la réclamante et des militaires de la gendarmerie considérés divergent. Il en est ainsi singulièrement des violences que madame Y. prétendait avoir subies au moment où elle était venue récupérer son fils dans les locaux de la brigade de gendarmerie (coups de pieds reçus au niveau des membres inférieurs). Pareillement, les allégations de violences (plaquage contre un muret, coups de pieds, conduite à la brigade mains ramenées dans le dos, etc.) à l'encontre du fils de madame Y. à l'occasion de son appréhension et de sa conduite vers les locaux de la gendarmerie ne sont pas davantage établies. En même temps qu'il se montre dubitatif et prudent s'agissant des violences dont madame Y. et son fils auraient été victimes, le Défenseur des

Déontologie et sécurité

droits fait preuve de grande fermeté au moment de caractériser ce qu'il considère constituer des manquements à la déontologie de la sécurité. La décision n° 2018-258 du 18 décembre 2018 en relève de nombreux, de nature et d'intensité variables.

Le premier manquement se rapporte au principe d'impartialité auquel les fonctionnaires de police et les militaires de la gendarmerie sont tenus en application de l'article R. 434-11 du Code de la sécurité intérieure (« le policier et le gendarme accomplissent leurs missions en toute impartialité. Ils accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'article 225-1 du code pénal »). Attribut du procès équitable et élément consubstantiel à toute notion de justice, l'impartialité n'est pas propre à l'autorité juridictionnelle. De la même manière que le juge doit être impartial à l'égard des justiciables, les forces de l'ordre doivent faire preuve d'impartialité dans l'exercice des missions tant administratives que judiciaires qui leur sont confiées. Le plus souvent, le risque de partialité trouve principalement son siège dans deux causes : la première est personnelle ou subjective alors que la seconde est fonctionnelle ou objective. En l'espèce, c'est en s'appuyant sur des raisons tenant à la personne même des militaires ayant participé à l'interpellation litigieuse que le Défenseur des droits relève non pas un défaut d'impartialité mais, plus subtilement, un manque de discernement tenant à un risque de partialité. Pour l'autorité administrative indépendante de rang constitutionnel, le fait pour un gendarme d'intervenir sur les lieux alors même que la requérante est son épouse, puis de recueillir auprès d'elle des éléments d'identification concernant les mineurs mis en cause, pose la question du respect du principe d'impartialité susvisé. À dire vrai, le Défenseur des droits

Déontologie et sécurité

ne se contente pas seulement de poser la question, il y répond de manière circonstanciée, mais par une voie détournée en étayant sa démonstration sur l'obligation de discernement : « en intervenant sur les lieux alors que la requérante était son épouse, et en se faisant confirmer par cette dernière que la personne appréhendée était bien l'un des auteurs des faits, le militaire de la gendarmerie a pris le risque de se voir reprocher un manque d'impartialité dans le traitement de cette affaire (...). Il relevait du discernement de s'abstenir de prendre part à l'intervention, afin de se prémunir de toute remise en cause ultérieure de son impartialité ». Par le détour de l'obligation de discernement, le Défenseur des droits parvient ainsi à sanctionner une simple plausibilité de défaut potentiel d'impartialité. En d'autres termes, quand bien même l'appréhension du mineur et sa reconduite dans les locaux de la gendarmerie seraient-elles pleinement justifiées, ces opérations de police ne doivent pas donner l'apparence d'une collusion d'intérêts entre l'un des protagonistes de l'affaire et l'un des gendarmes intervenants.

L'enfer du droit est pavé de bonnes intentions

Il y a quelques mois, lors d'une visite officielle au Mont Valérien, le président de la République, Emmanuel Macron, recadrait sèchement et publiquement un collégien qui l'avait hélé familièrement par le diminutif de son prénom. Fixer un cadre, rappeler les règles élémentaires de la bienséance et de la vie en société, respecter les fonctions et corrélativement celles et ceux qui les exercent : en agissant de la sorte, le chef de l'État s'est comporté comme l'aurait sans doute fait un hussard noir de la République en éduquant avec exigence et bienveillance à la fois. Un militaire

Déontologie et sécurité

de la gendarmerie peut-il se comporter pareillement en sermonnant un enfant dont le comportement serait rétif à la discipline sociale ? À s'en tenir au vieil adage selon lequel la peur du gendarme est le début de la sagesse, la réponse est assurément affirmative. Toutefois, si tout gendarme peut œuvrer – en marge de ses missions essentielles – au relèvement éducatif et moral de certains adolescents en perte de repères, cette action éducative doit prendre place dans un cadre juridique dénué de tout arbitraire. Tel est l'enseignement majeur de la décision soumise à notre sagacité.

Dans la présente affaire, les mineurs visiblement impliqués dans les jets de pierres avaient été en effet appréhendés puis reconduits dans un bureau de la brigade de gendarmerie pour y être retenus jusqu'à l'arrivée de leurs parents respectifs. Aucune procédure judiciaire ni aucun procès-verbal se rapportant à cette opération n'avaient été établis. En l'absence de tous rapports et de registres renseignés, seul un logiciel interne à la gendarmerie faisait état de cette intervention litigieuse en mentionnant l'interpellation des mineurs, leurs identités, le lieu et l'identité de la requérante. En revanche, la durée de la présence des mineurs dans les locaux de la gendarmerie ne faisait l'objet d'aucune mention spéciale.

En même temps qu'il admet volontiers que les militaires de la gendarmerie avaient, en l'espèce, inscrit leur action dans une démarche plus éducative que répressive, le Défenseur des droits considère que cette manière de procéder est contestable. Comme en témoigne la mention portée dans le logiciel interne à la brigade, les militaires de la gendarmerie avaient procédé à une interpellation. Une fois interpellés et présentés physiquement aux épouses des gendarmes qui avaient sollicité l'intervention de leurs maris, les mineurs avaient été reconduits dans les locaux

Déontologie et sécurité

de la brigade, et placés dans des bureaux séparés, afin d'empêcher toute communication entre eux. Quand bien même ils n'avaient été menottés à aucun moment de l'opération, les deux mineurs pouvaient légitimement s'estimer dans une situation de contrainte en considération des circonstances de l'espèce. En conséquence, et dans le prolongement d'une jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 6 novembre 2013, pourvoi n° 13-84320), la phase de privation de liberté subséquente à l'appréhension des mineurs aurait dû juridiquement s'opérer dans le cadre d'une garde à vue. La conclusion du Défenseur des droits s'avance alors implacablement comme une coulée de lave : en agissant de manière extrajudiciaire en dehors de tout cadre légal, les militaires de la gendarmerie ont manqué de discernement ! Au soutien de sa décision, le Défenseur des droits s'appuie sur le jeu combiné de l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante et de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. L'intérêt supérieur de l'enfant trouve-t-il sérieusement son compte dans cette dévotion infaillible à la règle de droit ? Qu'il nous soit permis d'en douter très fortement. En premier lieu, toute garde à vue est une mesure de contrainte, or celle-ci doit être strictement limitée aux nécessités de la procédure, proportionnée à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne suspectée (art. préliminaire C. pr. pén.). N'est-ce pas plutôt le placement en garde à vue qui aurait dû caractériser ici un défaut de discernement en pareilles circonstances ? En second lieu, la règle de droit n'interdit nullement d'être intelligent et de se montrer raisonnable. Un *aggiornamento* comme celui pratiqué par les militaires de la gendarmerie doit être apprécié et jugé en considération de sa finalité. En érigeant le placement en garde à vue

Déontologie et sécurité

comme solution adaptée aux faits de l'espèce, le Défenseur des droits inscrit sa décision dans une logique exagérément abstraite, formelle et pour le dire simplement, en décalage total de la réalité du terrain et des pratiques policières les plus usuelles. En quoi le placement en garde à vue du mineur aurait-il sauvé davantage l'intérêt supérieur de ce dernier ? Un placement en garde à vue n'est-il pas au contraire une forme d'ignorance totale du réel et de fanatisation aux règles de droit érigées en véritable culte ? Agir comme l'ont fait les gendarmes, ce n'est pas se rendre coupable d'un excès : c'est au contraire faire preuve de bon sens, agir utilement sans sombrer dans un juridisme retors et faussement protecteur. La règle de droit n'est respectable que lorsqu'elle est l'humble outil de l'institution qu'elle sert, et non son maître. Encourager l'excès de juridisme comme le fait sur ce point précis le Défenseur des droits, c'est s'en faire le complice. Rien de pire pour inhiber, jusqu'à la paralysie, les démarches éducatives des forces de sécurité intérieure.

Courtoisie qui ne vient que d'un côté ne peut longtemps durer

Autant la décision du Défenseur des droits n'est pas à l'abri de la critique s'agissant du défaut de discernement lié à l'absence de placement en garde à vue, autant sa position mérite l'approbation en ce qui concerne les dérapages verbaux ayant émaillé l'interpellation litigieuse.

Gardien du crédit et du renom de l'institution dont il est le

Déontologie et sécurité

légitime représentant, le gendarme (comme le policier) doit adopter un comportement irréprochable et exemplaire en toutes circonstances (dans sa vie professionnelle bien sûr mais également dans sa vie privée). Forme emblématique du *bonus pater familias*, le gendarme (au même titre que le policier) est placé par ses missions quotidiennes au contact direct de ses concitoyens. Pour inspirer respect et considération, il doit impérativement être respectable dans son comportement individuel. Cette exemplarité proscriit autant les excès de langage que les autres familiarités verbales. Aussi, quelles que soient l'agressivité verbale ou les provocations ravageuses de l'usager du service public, le gendarme comme le policier ne doit pas se départir de sa dignité en répondant aux provocations. Répondre à l'insulte par l'insulte, à l'agressivité par l'agressivité, n'est jamais une réaction déontologiquement acceptable, singulièrement lorsque l'on revêt les habits d'un dépositaire de l'autorité publique. Malgré la colère et les blessures que l'agent ressent, il lui appartient de réagir de manière calme et contrôlée. Apaiser les tensions sans surenchérir dans l'insulte et le mépris, ce n'est pas être faible. C'est au contraire se montrer à la hauteur de ses responsabilités en faisant preuve de dignité et de maturité. Lorsque tout dialogue avec l'usager du service public paraît impossible, une issue peut parfois être trouvée en recourant à un collègue qui saura parfois désamorcer le conflit. Dans l'affaire objet de notre commentaire, il était établi que l'un des gendarmes impliqués dans l'opération litigieuse avait tenu les propos « petit Noir » concernant l'adolescent interpellé, et « pauvre femme » en s'adressant à sa mère : quand bien même auraient-ils été tenus dans un contexte de tension et d'agressivité verbale, de tels propos traduisent un défaut de sang-froid et caractérisent indiscutablement un manquement à la déontologie

Déontologie et sécurité

(art. R. 234-14 CSI) en étant à la fois inappropriés et blessants à l'égard de l'usager du service public.

Soulignons enfin que la décision n° 2018-259 du Défenseur des droits s'achève par un ultime constat de manquement à la déontologie de la sécurité. Après avoir relevé que l'usage de la force pour faire face au comportement agressif et violent de madame Y. n'a donné lieu à aucune trace écrite (rapport ou procès-verbal de renseignement judiciaire) à la date des faits, le Défenseur des droits considère qu'une telle omission – insusceptible d'être réparée par la rédaction ultérieure d'un rapport (20 jours après les faits) – contrevient aux dispositions de l'article R. 434-4 du Code de la sécurité intérieure aux termes duquel « le policier ou le gendarme porte sans délai à la connaissance de l'autorité hiérarchique tout fait survenu à l'occasion ou en dehors du service, ayant entraîné ou susceptible d'entraîner sa convocation par une autorité de police, juridictionnelle ou de contrôle ».

Droit de l'espace numérique

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

Les effets de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice sur les investigations numériques

La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019¹ comprend plusieurs articles portant sur les phases d'enquête et d'instruction et, en particulier, sur la mise en œuvre de techniques spéciales d'enquête. Deux d'entre eux ont été censurés par le Conseil constitutionnel². Pour autant, cela n'entraîne pas un retour à la situation *ante*, dans la mesure où certaines parties du texte n'ont pas été rejetées par les Sages. Il est donc aujourd'hui nécessaire de réexaminer les règles relatives aux techniques spéciales d'enquête à la lumière des articles qui subsistent et de la jurisprudence constitutionnelle.

La loi contient des dispositions relatives au recours aux interceptions par la voie des communications électroniques (I), à la géolocalisation (II), à l'enquête sous pseudonyme (III), à l'accès à distance aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques et accessibles au moyen d'un identifiant informatique (IV). Elle simplifie et harmonise les règles applicables à certaines techniques spéciales d'enquête (V). Eu égard à leur dangerosité, elle étend le recours aux techniques spéciales d'enquête pour certaines infractions prévues et réprimées par le Code de la santé publique et le Code de la consommation (VI).

¹. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

². Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019.

Droit de l'espace numérique

I. Interceptions de communications

S'agissant des interceptions de communications, le Code de procédure pénale (CPP) opère, avant la promulgation de la loi, une distinction selon le type d'enquête et selon les infractions visées :

- Sous l'empire de la loi du 10 juillet 1991, dans sa version initiale, les interceptions sont autorisées lors d'une instruction, pour toute infraction criminelle ou délictuelle dont la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, sur décision et sous le contrôle du juge d'instruction. L'interception est possible, pendant une durée renouvelable de quatre mois mais ne pouvant excéder un an, voire deux ans si l'infraction relève de la délinquance ou de la criminalité organisée. D'où l'insertion des articles 100 à 100-8 du CPP dans le titre consacré aux juridictions d'instruction.

- Grâce à la loi du 9 mars 2004³, les interceptions deviennent possibles – en flagrance ou en préliminaire – pour les besoins d'une enquête relative à une infraction relevant de la délinquance ou de la criminalité organisée (art. 706-73 et 706-73-1 CPP), sur décision et sous le contrôle du juge des libertés et de la détention, pour une durée d'un mois renouvelable une fois (art. 706-95 CPP). Cet article est alors inséré dans la partie du Code relative à la criminalité et à la délinquance organisées, tout en faisant référence aux articles 100 à 100-8 du CPP précités.

Le texte de la loi, avant la censure du Conseil constitutionnel, harmonisait, quel que soit le type d'enquête, la nature des

3. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Droit de l'espace numérique

infractions justifiant des interceptions de correspondances électroniques. Celles-ci pouvaient être autorisées par le juge des libertés et de la détention, sur demande du procureur de la République, pour tous les crimes et les délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement. Ce seuil, fixé par le législateur, figure dans d'autres dispositions déjà retenues par le droit actuel pour de nombreuses autres procédures : mandat de recherche (art. 70 CPP), détention provisoire (art. 143-1 CPP). La suppression de la seule référence à la criminalité et à la délinquance organisées élargissait considérablement les possibilités offertes en préliminaire ou en flagrance.

Le Conseil constitutionnel n'a pas accepté cette extension. Pour sa démonstration, il rappelle que « le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs sous réserve, d'une part que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées et, d'autre part, que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire à qui il incombe en particulier de garantir que leur mise en œuvre soit nécessaire à la manifestation de la vérité ». L'article 44 de la loi est censuré sur la base de plusieurs motifs :

- toutes les infractions visées par l'extension ne présentent pas les critères de particulière gravité et de complexité ;

- le juge des libertés et de la détention, qui autorise ces interceptions dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance, n'a pas accès à l'ensemble de la procédure et ne peut ordonner la

Droit de l'espace numérique

cessation de la mesure d'interception ;

- la procédure d'urgence, telle que prévue par la loi censurée, s'opère sans contrôle ni intervention d'un magistrat du siège durant vingt-quatre heures.

Le Conseil constitutionnel exige que des mesures d'exception soient accompagnées de garanties permettant à un juge d'examiner pendant tout leur déroulé leur nécessité et leur proportionnalité. Plus la technique d'enquête est intrusive dans la vie privée, plus le contrôle doit être renforcé.

Ne sont pas frappées d'inconstitutionnalité les dispositions de la loi qui modifient l'article 100 du CPP et ne prévoient pas de limite basse pour les délits punis d'emprisonnement lorsque l'interception doit avoir lieu sur la ligne de la victime et à sa demande (appels téléphoniques malveillants, harcèlement sexuel ou moral par téléphone, etc.).

La loi du 23 mars 2019 encadre davantage la décision du juge d'instruction qui doit être motivée « par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires et doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci (nouvelle rédaction de l'article 100-1 CPP).

II. La géolocalisation en temps réel

La géolocalisation en temps réel se distingue de la géolocalisation en temps différé et de la surveillance⁴. Elle a été autorisée par la

⁴ La surveillance des personnes ou des biens est une technique d'enquête qui est mise en œuvre dans le « monde réel » (art. 706-80 CPP).

Droit de l'espace numérique

loi du 28 mars 2014⁵ qui est venue combler le vide juridique consécutif à deux arrêts de la Cour de cassation du 22 octobre 2013⁶ tirant les conclusions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁷.

Avant la loi du 28 mars 2014, aucun texte spécifique ne venait encadrer son usage. Dans le cadre d'une information judiciaire, le recours à l'article 81 du CPP semblait autoriser le juge d'instruction à procéder à tous les actes d'information qu'il jugeait « utiles à la manifestation de la vérité ». S'agissant des enquêtes préliminaires ou de flagrance, le Parquet s'appuyait sur l'article 41 du CPP, selon lequel « le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes d'enquête nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale », et les articles 60-2 et 77-1-1 dudit Code (réquisition judiciaire concernant des données informatiques).

Dans une délibération du 19 décembre 2013, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a rappelé que « l'utilisation de dispositifs de géolocalisation est particulièrement sensible au regard des libertés individuelles, dans la mesure où ils permettent de suivre de manière permanente et en temps réel des personnes, aussi bien dans l'espace public que dans des lieux privés. Le recours à la géolocalisation en temps réel – poursuit-elle – s'apparente à une interception du contenu des communications électroniques prévues aux articles 100 et suivants du code de procédure pénale, qui font notamment référence à la transcription des correspondances émises par la voie des communications et imposent d'identifier la liaison à intercepter ».

Si la Cour de cassation a validé la géolocalisation dans le cadre

⁵ Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.

⁶ Cass.crim., 22 octobre 2013, bull.crim 2013, n° 196 et 197.

⁷ CEDH, 2 septembre 2010, n° 35623/05, *Uzun c/Allemagne*.

Droit de l'espace numérique

d'une instruction relative à un trafic de stupéfiants, parce qu'elle est mise en œuvre sous le contrôle d'un juge (Cass.crim. 22 novembre 2011, Mohamed X et autres), elle a cependant, à l'occasion des deux arrêts précités, remis en cause cette pratique pour les enquêtes conduites sous la direction du Parquet. Elle était, en effet, contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme statuant sur la conformité de la géolocalisation à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Cour n'a pas contesté le bien-fondé de la géolocalisation, « nécessaire dans une société démocratique », mais, constatant que la géolocalisation est une ingérence dans la vie privée – protégée par l'article 8§1 de ladite Convention – elle a exigé l'intervention d'un juge pour en contrôler la procédure. Or, il est désormais acquis que le procureur de la République n'est pas considéré comme un magistrat indépendant⁸.

Les arrêts de la Cour de cassation ont provoqué un véritable « séisme », dans la mesure où toutes les géolocalisations en cours, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une enquête de flagrance, ont été interrompues, sans préjudice des nullités pouvant être prononcées.

La loi du 28 mars 2014 a créé les articles 230-32 à 230-44 du CPP qui ont posé le principe d'un recours à la géolocalisation, en temps réel, d'une personne sans son consentement, d'un véhicule ou d'un objet, à l'insu de son propriétaire ou de son possesseur⁹. Pour le Conseil constitutionnel¹⁰, « la mise en œuvre de ce procédé

8. CEDH, arrêt *Mdevedyev c/ France*, 29 mars 2010 et *Moulin c/France*, 23 novembre 2011.

9. La géolocalisation en temps réel peut aussi être mise en œuvre dans le cadre d'une recherche des causes de la mort ou de la disparition (art. 74, 74-1 et 80-4 CPP) ou de la recherche d'une personne en fuite (art. 74-2 CPP).

10. Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014.

Droit de l'espace numérique

n'implique pas d'acte de contrainte sur la personne visée ni d'atteinte à son intégrité corporelle, de saisie, d'interception de correspondance ou d'enregistrement d'image ou de son ; l'atteinte à la vie privée qui résulte de la mise en œuvre de ce dispositif consiste dans la surveillance par localisation continue et en temps réel d'une personne, le suivi de ses déplacements dans tous lieux publics ou privés ainsi que dans l'enregistrement et le traitement des données ainsi obtenues ».

Selon les termes de cette loi, le juge d'instruction peut l'autoriser pour une durée de quatre mois renouvelable, pour les besoins des procédures relatives aux infractions d'atteintes aux personnes punies d'au moins trois ans d'emprisonnement (Livre 2 du Code pénal), de recel de malfaiteurs (art. 434-66 CP), d'évasion (art. 434-27 CP), de terrorisme, ou relative à tout crime ou délit puni d'au moins cinq ans de prison. Dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance, pour les mêmes infractions que celles précédemment mentionnées, la géolocalisation peut être mise en œuvre sur décision du procureur de la République pour une durée de quinze jours puis, après autorisation du juge des libertés et de la détention, pour une durée d'un mois renouvelable.

La géolocalisation est aussi possible dans le cadre des enquêtes ou informations judiciaires en recherche des causes de la mort et des blessures (art. 74 et 80-4 du CPP), des enquêtes ou informations judiciaires en recherche des causes de la disparition (art. 74-1 et 80-4 CPP), des enquêtes en recherche des personnes en fuite (art. 74-2 CPP).

La circulaire CRIM/2014-7/G-1.04.2014 du 1^{er} avril 2014 précise que deux techniques de géolocalisation en temps réel sont mises en œuvre dans le cadre d'une procédure pénale :

- le suivi dynamique d'un terminal de télécommunications ;

Droit de l'espace numérique

- le suivi dynamique par un système (balise) placé sur un moyen de transport¹¹ ou sur tout autre objet, soit par sa propre technologie (par exemple un smartphone, une tablette, un véhicule par son GPS), soit par l'intermédiaire d'une balise.

Toute personne (et pas uniquement la personne soupçonnée) peut être concernée, dès lors que la mesure relève des « nécessités de l'enquête ». Les données issues d'une géolocalisation mise en œuvre sur le territoire national et s'étant poursuivie sur le territoire d'un autre État ne peuvent, lorsque cette mesure n'a pas fait l'objet d'une acceptation préalable ou concomitante de celui-ci au titre de l'entraide pénale, être exploitées en procédure qu'avec son autorisation¹².

La loi du 23 mars 2019 procède à la même modification que celle initialement envisagée pour les interceptions de communication. Le seuil de la peine d'emprisonnement encourue est désormais de trois ans, quelle que soit l'infraction concernée. Toutefois, pour renforcer les garanties, la durée pendant laquelle le procureur de la République peut seul autoriser la mise en œuvre de cette technique est abaissée de quinze à huit jours, afin de permettre, à l'issue de ce délai, l'intervention plus rapide du juge des libertés et de la détention.

Par similitude, l'article 67 bis-2 du Code des douanes, qui autorise la géolocalisation dans le cadre des enquêtes douanières, est modifié pour abaisser le seuil à 3 ans d'emprisonnement au lieu de 5.

¹¹. Cass.crim., (n° 15-87755), 7 juin 2016, George X..., Juan Y.... « un mis en examen est irrecevable à contester la régularité de la géolocalisation en temps réel d'un véhicule volé et faussement immatriculé sur lequel il ne peut se prévaloir d'aucun droit ».

¹². Cass.crim., (n° 15-85.070), 9 février 2016, M. X.

Droit de l'espace numérique

Le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution cette évolution en considérant, selon les mêmes termes que sa décision du 23 mars 2014, que « la géolocalisation, mesure de police judiciaire, n'implique pas d'acte de contrainte sur la personne visée, ni d'atteinte à son intégrité corporelle, de saisie, d'interception de correspondance ou d'enregistrement d'image ou de son ». En autorisant le recours à la géolocalisation lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent pour un crime ou un délit puni d'une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement, le législateur n'a pas porté atteinte aux exigences constitutionnelles.

III. L'enquête sous pseudonyme

L'enquête sous pseudonyme est souvent dénommée de manière impropre « cyberinfiltration » ou « cyberpatrouille ». Elle n'entre pas *stricto sensu* dans la catégorie des « techniques spéciales d'enquête », car elle ne nécessite pas l'autorisation préalable d'un magistrat et n'est pas limitée dans le temps. Si elle peut apparaître comme son pendant numérique, elle ne doit pas être confondue avec l'infiltration prévue par les articles 706-32, 706-81 et s. du Code de procédure pénale et par l'article 67 bis du Code des douanes en matière de stupéfiants. Après avoir été limitée à certaines infractions, l'enquête sous pseudonyme est aujourd'hui plus largement admise, sans être pour autant banalisée. C'est la conséquence de l'usage croissant d'Internet par les auteurs de la criminalité et de la délinquance aux conséquences les plus graves. Le dénominateur commun de toutes les infractions ouvrant droit à l'enquête sous pseudonyme est leur commission par un moyen de communication électronique.

Avant la loi 23 mars 2019, le corpus juridique l'encadrant se constitue par strates successives :

Droit de l'espace numérique

- La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance offre pour la première fois aux enquêteurs la possibilité d'opérer de manière anonyme sur Internet pour lutter contre la traite des êtres humains, le proxénétisme, le recours à la prostitution des mineurs (art. 706-35-1 CPP) et contre différentes infractions dont sont victimes ces derniers : provocation de mineur à un usage illicite de stupéfiants, à détenir, offrir, céder, provocation à la consommation habituelle d'alcool, provocation d'un mineur à commettre un crime ou un délit, corruption de mineur, propositions sexuelles à mineur de 15 ans, pédopornographie, messages à caractère violent ou pornographique (art. 706-47-3 CPP) ;

- L'utilisation d'un pseudonyme est ensuite autorisée par l'article 59 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Elle s'applique aux infractions commises à l'occasion de paris ou de jeux d'argent en ligne ;

- La loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI) du 14 mars 2011 crée l'article 706-25-2 du Code de procédure pénale qui permet l'enquête sous pseudonyme pour lutter contre la provocation et l'apologie du terrorisme, réprimées alors par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse¹³;

- L'ordonnance du 19 décembre 2013 étend l'enquête sous

¹³. Cet article est abrogé par l'article 8 de la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme qui transfère ces infractions vers le Code pénal.

Droit de l'espace numérique

pseudonyme aux infractions relatives aux produits de santé, notamment à la vente de faux médicaments sur Internet¹⁴ ;

- La loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme introduit deux modifications importantes. D'une part, elle transfère les infractions de provocation et d'apologie du terrorisme de la loi de 1881 vers le Code pénal à son article 421-2-5 CP, ce qui entraîne l'abrogation de l'article 706-25-2 du CPP mentionné *supra*. D'autre part, elle étend l'enquête sous pseudonyme à toutes les infractions relevant de la criminalité ou de la délinquance organisée (art. 706-73 et 706-73-1 CPP), y compris les délits d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'État commis en bande organisée (loi Godfrain, art. 323-4-1). L'article 706-87-1 CPP reprend dans son champ les infractions relevant du terrorisme, celles-ci étant visées par l'article 706-73 du même Code.

- Plus récemment, la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016¹⁵ autorise ce mode d'enquête dans le but de constater les infractions mentionnées à l'article L. 415-3 du Code de l'environnement, ainsi qu'à l'article L. 441-1 du Code de la consommation sous la double condition que l'infraction porte sur tout ou partie d'animaux ou de végétaux mentionnés aux mêmes articles et que celles-ci

¹⁴. [Ordonnance n°2013-1183 du 19 décembre 2013 - art. 23](#) : Dans le but de constater les infractions mentionnées aux articles L. 5421-2, L. 5421-3, L. 5421-13, L. 5426-1, L. 5432-1, L. 5432-2, L. 5438-4, L. 5439-1, L. 5451-1, L. 5461-3 et L. 5462-3 du Code de la santé publique, ainsi qu'à l'article L. 213-1 du Code de la consommation lorsque l'infraction porte sur un des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 du Code de la santé publique, lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique.

¹⁵. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, art. 130.

Droit de l'espace numérique

soient commises par un moyen de communication électronique (art. 706-2-3 CPP).

L'enquête sous pseudonyme n'est pas le monopole des officiers (OPJ) et agents de police judiciaire (APJ). Elle peut être mise en œuvre par certains agents des douanes (art.67 bis-I Code des douanes), par des agents de l'Autorité des marchés financiers – AMF (art. L. 621-10-1 du Code monétaire et financier), par des inspecteurs de l'environnement (art. L. 172-11-1).

- S'agissant des douanes, la loi de finances rectificative pour 2012¹⁶ modifie l'article 67 bis-1 du Code des douanes pour permettre aux agents habilités d'acquiescer sous pseudonyme des produits stupéfiants en ligne. La loi du 3 juin 2016, quant à elle, crée l'article 67 bis 1-A qui permet d'utiliser un pseudonyme pour les enquêtes visant certaines infractions douanières (contrebande –art. 414 –, opérations financières entre la France et l'étranger portant sur des fonds acquis illégalement – art.415 –, transferts illicites d'argent vers ou depuis l'étranger – art. 459). La loi du 3 juin 2016¹⁷ autorise ces mêmes agents à recourir aux enquêtes sous pseudonyme pour constater les délits douaniers visés aux articles 414 (contrebande, importation exportation sans déclaration de marchandises prohibées ou hautement taxées), 415 (opérations financières frauduleuses avec des fonds provenant notamment d'une infraction liée aux stupéfiants) ou 459 (infractions relatives aux relations financières avec l'étranger) du Code des douanes.

¹⁶. Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012, art.13.

¹⁷. Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Droit de l'espace numérique

- La loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires crée l'article L. 621-10-1 du Code monétaire et financier permettant aux enquêteurs et aux contrôleurs de l'AMF de faire usage d'un pseudonyme pour accéder aux informations et éléments disponibles sur les services proposés par des personnes ou des entités dont la liste est dressée par l'article L. 621-9 du même Code.

- La loi du 8 août 2016¹⁸ crée l'article L. 172-11-1 du Code de l'environnement permettant aux inspecteurs de l'environnement habilités, dans des conditions précisées par arrêté des ministres de la Justice et chargé de l'Écologie, d'agir avec un nom d'emprunt pour constater diverses atteintes à l'environnement, commises par un moyen de communication électronique, punies d'une peine de deux ans d'emprisonnement (art. 415-3 C. environnement) ou de sept ans, lorsqu'elles sont aggravées en étant commises en bande organisée (art L. 415-6 C. environnement).

Mais la loi du 23 mars 2019, n'agissant que sur les articles du CPP concernant les OPJ et APJ, ne modifie pas ces dispositions particulières.

Par le nouvel article 230-46 du CPP, elle unifie tous les dispositifs existants au sein du Code de procédure pénale¹⁹. Le recours à l'enquête sous pseudonyme s'applique à des infractions définies non plus par leur nature, mais par la peine encourue, puisqu'il

¹⁸. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

¹⁹. Est en particulier abrogée la section 2 bis du titre XV « de l'enquête sous pseudonyme » qui était consacrée aux infractions mentionnées aux articles 706-72, 706-73 et 706-73-1 (criminalité et délinquance organisée).

Droit de l'espace numérique

est désormais rendu possible aux fins de constater les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement, sans effet de seuil²⁰, commis par un moyen de communication électronique. L'enquête sous pseudonyme est toujours réservée à des enquêteurs relevant de services spécialisés. La formulation de l'article est plus simple et plus précise. L'élargissement des possibilités de recours à l'enquête sous pseudonyme est cependant compensé par des règles plus strictes si les enquêteurs doivent acquérir (« coup d'achat ») tout contenu, produit, substance, prélèvement ou service, même illicite, ou transmettre en réponse à une demande expresse, des contenus illicites : l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction est désormais requise. La loi rappelle que cette autorisation ne doit pas avoir pour effet d'inciter à la commission d'une infraction. En effet, les cyberenquêteurs ne peuvent, à peine de nullité, commettre d'infraction pour révéler une infraction²¹, ni inciter la personne à en commettre une²².

Cette évolution de la procédure pénale n'est pas remise en cause

²⁰. Le Sénat voulait fixer un seuil de 3 ans d'emprisonnement, ce qui aurait exclu l'enquête sous pseudonyme pour les infractions en matière d'acquisition ou de consultation d'images pédopornographiques, délit puni de deux ans d'emprisonnement.

²¹. L'article 706-32 permet aux OPJ et APJ, avec l'autorisation d'un magistrat, d'acquérir des stupéfiants, de mettre à la disposition des délinquants des moyens juridiques, financiers ou matériels.

²². Cass. Crim., n° 2211 du 30 avril 2014. Un forum « cardeprofit » a été mis en place par le FBI dans le cadre d'une stratégie d'infiltration pour identifier des cybercriminels échangeant des offres d'achats, de vente et d'échange de biens et services liés à la fraude à la carte bancaire (carding). L'OCLCTIC est informé par le FBI de l'implication d'un individu résidant en France et utilisant un pseudonyme dans le commerce illicite de numéros de cartes bancaires sur Internet, ce qu'une perquisition à Toulouse a permis de confirmer. La Cour de cassation relève qu'aucun élément de la procédure ne démontre que ce site avait pour objet d'inciter les personnes le consultant à passer à l'acte. La personne en cause avait déjà manifesté sur d'autres sites son intérêt pour les techniques de fraude à la carte bancaire. Le site a simplement permis de rassembler les preuves. Porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable la provocation à la commission d'une

Droit de l'espace numérique

par le Conseil constitutionnel : le législateur n'a pas méconnu le droit à un procès équitable et a opéré une conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions et le droit au respect de la vie privée.

IV. L'accès à distance aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique

La loi du 3 juin 2016²³ crée de nouvelles dispositions qui permettent d'accéder aux correspondances électroniques stockées, sans passer par la mise en œuvre préalable d'une interception judiciaire ou de la perquisition. Ces correspondances sont accessibles par un identifiant informatique, sans qu'il soit ici nécessaire de mettre en œuvre un dispositif technique comme dans le cas de la captation de données informatiques (voir *infra* articles 706-102-1 à 706-102-9 CPP).

Un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2015²⁴ a, en effet, considéré que « *l'appréhension, l'enregistrement et la captation de correspondances émises ou reçues par la voie des télécommunications antérieurement à la date de la décision écrite d'interception prise par le juge d'instruction ne peuvent relever des articles 100 à 100-5 du code de procédure pénale relatifs aux interceptions* ». Ces opérations

infraction par un agent de l'autorité publique. La déloyauté rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus.

²³. Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

²⁴. Cass.crim. n° 3648 du 8 juillet 2015 (14-88.457). En l'espèce, une commission rogatoire avait été délivrée à la police judiciaire concernant des courriers électroniques échangés par un détenu opérant avec un matériel informatique clandestin. Les enquêteurs ont recueilli

Droit de l'espace numérique

doivent être réalisées conformément aux dispositions légales des perquisitions.

Il fallait donc modifier le droit, car les modalités de la perquisition (présence de la personne mise en cause ou son représentant, respect des heures légales) ne pouvaient être mises en œuvre, sous peine de compromettre le nécessaire secret de l'opération. En outre, les correspondances ne sont pas obligatoirement stockées sur un terminal, mais peuvent être consultées directement sur un serveur de messagerie. Elles peuvent correspondre à une adresse électronique qui n'est plus en service. La référence à l'identifiant informatique tient compte du développement d'applications telles que *Whatsapp* ou *Skype* qui permettent également des échanges.

Les nouveaux articles 706-95-1 à 706-95-3 ont créé un cadre légal limité aux seules infractions relevant du champ de la criminalité organisée (art. 706-73 et 706-73-1 CPP). Dans ces conditions, les investigations ne pouvaient, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation de ces infractions, alors que la pluralité des acteurs n'est pas le seul facteur de gravité d'une infraction. Ainsi, pour un meurtre (crime), cette procédure était inapplicable, alors qu'elle pouvait être utilisée pour un délit commis en bande organisée.

La loi du 23 mars 2019 modifie les articles 706-95-1 et 706-95-2 du CPP en disposant que toute infraction qualifiée de crime peut faire l'objet d'une telle mesure.

Le magistrat compétent – juge des libertés et de la détention (art. 706-95-1) ou juge d'instruction (706-95-2) – ou l'officier de police judiciaire commis par lui peut requérir tout agent qualifié d'un service ou organisme habilité ou tout agent qualifié d'un

l'ensemble des données contenues dans le fichier associé à son adresse mail, y compris celles stockées antérieurement à l'autorisation d'interception.

Droit de l'espace numérique

opérateur de communications électroniques de procéder à ces opérations.

Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi sur cette évolution législative qui n'est donc pas remise en cause.

V. Une harmonisation des dispositions relatives « à certaines techniques d'enquête » partiellement censurée

La loi supprime les différences entre les régimes juridiques, en regroupant dans une même section intitulée « dispositions communes » les règles désormais applicables à l'utilisation d'un *IMSI catcher* pour le recueil des données techniques de connexion et des interceptions de correspondance émises par la voie des communications électroniques (art. 706-95-20 CPP), les sonorisations et fixations d'images (art. 706-96 à 706-98 CPP) et les captations de données informatiques (art. 706-102-1 CPP). L'harmonisation porte sur les conditions d'autorisation, de durée, de mise en œuvre et de conservation des données désormais précisées par les nouveaux articles 706-95-11 à 706-95-19 du CPP.

Le législateur voulait étendre à toutes les infractions qualifiées de crime la mise en œuvre de ces trois techniques d'enquête. Le Conseil constitutionnel a censuré cette extension en reprenant son argumentation : de telles mesures ne peuvent être mises en œuvre que si les infractions concernées sont d'une particulière gravité et complexité. « *Tel n'est pas le cas d'infractions ne présentant pas ces caractères* », selon les Sages, qui reprennent dans leurs considérants les arguments relatifs à l'insuffisance du contrôle de

Droit de l'espace numérique

l'exécution de la mesure par un magistrat du siège.
L'article 706-95-12 prévoit deux formes d'autorisation : par le juge des libertés et de la détention, lors d'enquêtes préliminaires et de flagrance, et par le juge d'instruction, lors d'une information. Ces deux magistrats doivent procéder par ordonnance écrite et motivée (art. 706-95-13) ; ils exercent leur autorité et leur contrôle pendant toute la durée de la mise en œuvre de la mesure (art. 706-95-14 CPP). Pour toutes ces techniques d'enquête – en cas de risque imminent de déperissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens – une procédure d'urgence (aujourd'hui uniquement prévue, au stade de l'enquête, pour le recueil des données techniques de connexion) était ouverte par la loi au profit du procureur de la République qui devait obtenir, dans un délai de vingt-quatre heures, une confirmation par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention (art. 706-95-15 CPP²⁵). Mais le Conseil constitutionnel a sanctionné cette disposition en reprochant au législateur – comme dans le cas des interceptions de sécurité (voir *supra*) – de ne pas prévoir le contrôle et l'intervention d'un juge du siège pendant les vingt-quatre premières heures.

Ces deux censures n'affectent pas le reste du dispositif d'harmonisation. S'agissant de la durée de l'autorisation (art. 706-95-16), elle est uniquement différenciée selon qu'il s'agit d'une enquête du Parquet (un mois renouvelable) ou d'une information judiciaire (quatre mois renouvelables). En ce qui concerne la mise en œuvre des techniques et la conservation des données, les articles 706-95-17 et suivants autorisent le recours à tout agent qualifié, imposent de dresser procès-verbal des opérations, de retranscrire les données utiles à la manifestation de la vérité²⁶, de

²⁵. Cette procédure d'urgence est également prévue durant l'instruction, auquel cas l'avis préalable du procureur de la République n'est pas requis (art. 706-95-15).

Droit de l'espace numérique

supprimer celles non utiles et relatives à la vie privée et de détruire les enregistrements à l'issue du délai de prescription. L'harmonisation n'est pas synonyme d'unification, les trois techniques concernées étant très différentes dans leur nature et leur objectif.

5.1. Le recueil des données de connexion en temps réel

Le recours aux *IMSI catchers*²⁷ par les services de renseignement a fait l'objet de débats passionnés lors de l'examen de la loi du 24 juillet 2015, dans la mesure où ces dispositifs mobiles permettent de collecter massivement, et de manière indifférenciée, des données personnelles dans un large périmètre, qu'il s'agisse de données de connexion ou, pour certains de ces appareils, de correspondances. L'*IMSI catcher* est une sorte de fausse antenne-relais mobile qui se substitue, dans un rayon de quelques kilomètres, aux antennes des opérateurs permettant ainsi de disposer de données émises ou reçues par les terminaux, ainsi leurrés, qui y sont connectés. Il permet de recueillir les données techniques de connexion permettant l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur. Si certains dispositifs possèdent des fonctionnalités leur permettant de procéder à la géolocalisation des terminaux et à l'interception de communications, ces usages relèvent, pour les enquêtes judiciaires, des dispositions du Code de procédure pénale relatives aux mesures de géolocalisation et à l'interception

²⁶. Opération qui peut désormais être mise en œuvre par des agents de police judiciaire agissant sous la responsabilité d'un OPJ.

²⁷. *International Mobile Subscriber Identity* (identité internationale du souscripteur mobile stocké dans la carte SIM).

Droit de l'espace numérique

des correspondances mentionnées supra.

L'emploi de ces appareils, particulièrement attentatoire à la vie privée hors du cadre légal, est normalement interdit par l'article 226-3 du Code pénal, sous réserve d'une autorisation délivrée par le Premier ministre (art. R. 226-1 CP). Cette autorisation est donnée après avis d'une commission consultative (R. 226-2 CP) qui réunit les ministères régaliens, et dont l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) assure le secrétariat.

Déjà prévu dans le cadre de la loi du 24 juillet 2015, relative au renseignement, le recours à l'*IMSI catcher* (anc. 706-95-4, auj. art. 706-95-20 CPP) a été permis, dans le cadre de la police judiciaire, par la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme²⁸. Il était, en effet, paradoxal que des officiers de police judiciaire, agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, disposent de moins de capacités d'investigations que les agents des services de renseignement.

Seuls certains services ou unités sont habilités à mettre en œuvre un tel dispositif. Le décret du 26 août 2016 en dresse la liste²⁹. La gendarmerie nationale a volontairement limité cette possibilité au GIGN et à deux groupes d'observation et de surveillance (Ile-de-France et Provence-Alpes-Côte d'Azur), tandis que la police nationale ouvre nettement l'éventail des possibilités (DCPJ, DIPJ, DRPJ, FIPN, service de soutien opérationnel et logistique de la DRPP, Direction opérationnelle des services et techniques et logistique de la PP). Deux choix très différents qui

²⁸. Voir circulaire NO : JUSD1635582C du 2 décembre 2016 de présentation des dispositions de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

²⁹. Décret n° 2016-1159 du 26 août 2016 pris pour l'application de l'ancien article 706-95-8 du Code de procédure pénale.

Droit de l'espace numérique

posent la question de la compétence technique des personnes susceptibles d'agir.

5.2. La sonorisation et la captation d'images

Instituées par la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II³⁰, initialement limitée à l'instruction, la sonorisation et la captation d'images ont été étendues à la phase d'enquête par la loi du 3 juin 2016. Les OPJ et APJ peuvent mettre en place un dispositif technique ayant pour objet – sans le consentement des intéressés – la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou de plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé (art. 706-96 et s. CPP). Le lieu d'habitation est particulièrement protégé, puisque le juge des libertés et de la détention doit être saisi par le juge d'instruction dès lors que l'opération doit être accomplie en dehors des heures légales³¹ (6h-21h). Cette technique spéciale d'enquête a recours à des moyens numériques mais ne va pas chercher la preuve « dans le numérique ».

5.3. La captation de données informatiques

La captation de données informatiques (articles 706-102-1 à 706-102-9 CPP) est une technique d'enquête instituée par l'article 36 de la loi du 14 mars 2011 (LOPPSI) en s'inspirant directement des articles 706-96 à 706-102 du Code de procédure pénale relatifs à la sonorisation et à la fixation d'images de certains lieux

³⁰. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

³¹. Art. 59 du CPP fixant les heures légales des perquisitions et visites domiciliaires.

Droit de l'espace numérique

ou véhicules. Elle ne pouvait être initialement opérée qu'au cours d'une information judiciaire, sur ordonnance motivée du juge d'instruction, et pour des infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées, inventoriées aux art. 706-73 et 706-73-1 du CPP. Pour lutter contre la criminalité organisée, la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme a étendu la possibilité de telles captations aux enquêtes, sur décision du juge des libertés et de la détention. S'agissant des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (STAD), seules celles visant les systèmes mis en œuvre par l'État, et contenant des données à caractère personnel, peuvent autoriser une captation de données, ce qui est très restrictif. La loi du 3 juin 2016 n'a pas couvert les systèmes des opérateurs d'importance vitale (OIV), par respect du principe de légalité, la liste des OIV étant secrète.

Concrètement, la captation se matérialise par la mise en place d'un dispositif technique qui peut être installé *in situ* ou, grâce à un logiciel (*keylogger*), par le biais d'une transmission par un réseau de communication électronique. Eu égard à la complexité de sa mise en œuvre, seuls quelques unités ou services sont habilités par l'article D.15-1-6 du Code de procédure pénale³².

Cette technique - qui n'est pas une perquisition à distance - permet, à l'insu de l'intéressé, d'accéder en tous lieux à des données informatiques, de les enregistrer, de les conserver et de les transmettre, telles qu'elles sont stockées dans le système

³². La Direction centrale de la police judiciaire (DCPJ) les directions régionales de la police judiciaire (DIPJ), la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), les offices centraux de police judiciaire de la police et de la gendarmerie, la force d'intervention de la police nationale, la Sous-direction de la police judiciaire (DGGN), le Service technique de recherches judiciaires et de documentation (auj. SCRCGN), les sections de recherche et les sections d'appui judiciaire de la gendarmerie, le GIGN.

Droit de l'espace numérique

informatique. Le décret n° 2015-1700 du 18 décembre 2015 précise les conditions de traitement des données, lesquelles peuvent relever de la loi du 6 janvier 1978 eu égard à leur caractère personnel. Contrairement à la perquisition, la captation n'est pas limitée dans la durée³³ et elle s'affranchit de l'obligation de présence de la personne concernée.

La captation peut être réalisée en tout lieu public ou privé, y compris dans les cybercafés ou sur les bornes d'accès publiques³⁴, et concerner tout « système informatique » (objet connecté par exemple).

À cet accès aux données par les « stocks » s'ajoute un accès par les « flux ». La principale novation de l'article 706-102-1 repose sur la possibilité de capter des données en temps réel. Elle a pour effet de mettre l'enquêteur dans la situation de quelqu'un qui observerait l'écran en étant placé derrière l'utilisateur d'un ordinateur, prendrait connaissance d'un contenu avant qu'il ne soit chiffré et serait témoin, en temps réel, des échanges sur des forums de discussion, « chat », etc. La captation permet aussi de prendre connaissance des textes qui seront ultérieurement placés sur un périphérique (clef USB, CD-Rom, etc.). C'est une technique d'enquête assez proche des interceptions judiciaires.

La loi, dans sa rédaction de 2011, permettait d'accéder aux données telles qu'elles s'affichent sur l'écran par « saisie de caractère ». L'évolution des modes de communication par voie électronique a conduit le législateur à élargir la captation aux sons et aux images reçus et émis par des périphériques

³³. Sous réserve de ne pas dépasser les limites fixées par l'article 706-102-3 du CPP qui ne sauraient excéder 2 ans.

³⁴. Dans sa délibération n°2009-200 du 16 avril 2009, la CNIL s'est inquiétée de la capacité ainsi donnée de capter toutes les images affichées sur l'écran de tous les ordinateurs d'un point d'accès public à Internet et ce, à l'insu des utilisateurs.

Droit de l'espace numérique

audiovisuels. Des applications téléphoniques (par exemple *Skype*), souvent utilisées par les cybercriminels, échappaient au champ des interceptions judiciaires. Les sociétés proposant ces services ne sont pas, en effet, des opérateurs téléphoniques au sens de l'article L. 33-1 du Code des postes et télécommunications électroniques. Elles n'ont pas à se déclarer auprès de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et ne sont pas soumises au régime des interceptions. Ces sociétés, généralement établies à l'étranger, refusent de répondre aux demandes de déchiffrement émises par les autorités françaises. La loi du 13 décembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a corrigé cette anomalie en rendant possibles la captation, non seulement des frappes de caractères et des données, mais aussi des images et des sons reçus et émis lors de l'utilisation d'un service audiovisuel en ligne. Le terme « audiovisuel » est supprimé par loi du 2 mars 2019 afin de couvrir la captation de données émises ou reçues par tout type de périphérique. Cette modification est jugée conforme à la Constitution par la décision du 21 mars 2019.

VI. L'extension de techniques spéciales d'enquête à certaines infractions

La loi, en modifiant l'article 706-2-2 du CPP, permet également le recours à l'interception de correspondances, au recueil des données techniques de connexion (*IMSI Catcher*), à la sonorisation et à la fixation d'images, à la captation de données (art. 706-95-1 à 706-103 CPP) pour certains délits du Code de la santé publique qui présentent une gravité telle qu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq

Droit de l'espace numérique

ans : le trafic aggravé de substances vénéneuses (art. L. 5432-1 à L. 5432-3 CSP), de médicaments à usage humain falsifiés (art. L. 5421-13 CSP), de matières premières à usage pharmaceutique falsifiées (art. L. 5438-4 et L. 5438-6 CSP), de médicaments à usage humain sans autorisation de mise sur le marché (art. L. 5421-2 CSP), de préparations de thérapie génique ou cellulaire xénogénique sans autorisation (art. L. 5426-1 CSP), de dispositifs médicaux sans certification (art. L. 5461-3 CSP), de dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* sans certification (art. L. 5462-3 CSP), de micro-organismes et toxines (art. L. 5439-1 et L. 5439-2 CSP), de substances ne constituant pas des médicaments vétérinaires mais susceptibles d'entrer dans leur fabrication (art. L. 5442-10 CSP) et de médicaments falsifiés à usage vétérinaire (art. L. 5442-14 CSP).

Dans tous ces cas, l'aggravation est la conséquence de leur commission en bande organisée ou de l'utilisation d'un réseau de télécommunication à destination d'un public non déterminé.

Les mêmes dispositions s'appliquent aux délits prévus aux articles L. 451-2 et L. 454-3 du Code de la consommation : les délits aggravés de tromperie (art. L. 454-3 du Code de la consommation) ou de falsification (art. L. 451-2 du même Code) portant sur des produits destinés à l'alimentation, si la substance falsifiée ou corrompue est nuisible à la santé humaine ou animale, ou si les faits ont été commis en bande organisée.

La loi du 23 mars 2019 est une loi de simplification et de clarification des dispositions relatives aux techniques spéciales d'enquête. L'usage croissant des moyens de communication électronique dans la commission des infractions modifie substantiellement les pratiques professionnelles des OPJ, des APJ

Droit de l'espace numérique

comme celles des magistrats. Par strates successives, la procédure pénale – comme le droit pénal – s'adapte à ce nouveau contexte. L'irruption des technologies numériques dans l'enquête est loin d'être arrivée à son terme. Conséquence du développement exponentiel des « machines connectées » au sein d'un écosystème numérique, l'hyperconnexion – dont on ne mesure pas encore les conséquences – va sans doute bouleverser en profondeur l'action de la justice et des services enquêteurs. L'arrivée de la « 5 G » devrait avoir des effets disruptifs. La mise à jour régulière de notre corpus pénal, observée depuis une quinzaine d'années, devrait encore s'accélérer. L'enjeu est de taille ! Ne pas laisser le droit en retrait d'une réalité criminelle mouvante obligera à une plus grande réactivité. En même temps, l'équilibre entre sécurité et liberté sera toujours plus délicat à trouver, en raison du caractère de plus en plus intrusif et contraignant (même si la contrainte est souvent invisible par la personne qui la subit) des techniques nécessaires à la mise en évidence de la preuve numérique « dans » ou « via » le cyberspace, eu égard à leur caractère très intrusif. La loi du 23 mars 2019 s'inscrit dans cette exigence en ajoutant à l'article préliminaire du Code de procédure pénale un nouvel alinéa ainsi rédigé : « Au cours de la procédure pénale, les mesures portant atteinte à la vie privée d'une personne ne peuvent être prises, sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire, que si elles sont, au regard des circonstances de l'espèce, nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction ». Cet alinéa rappelle aussi la place centrale de l'autorité judiciaire garante de cet équilibre. Si le législateur l'oublie, le juge constitutionnel le sanctionne.

Actualité pénale

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

DROIT PÉNAL DES MINEURS

Affaire Grégory — Inconstitutionnalité de la garde à vue

Crim. 19 février 2019, n° 18-83360, publ. Bull. à venir

Après la découverte du cadavre du petit Grégory, Murielle Bolle, âgée de 15 ans, a été entendue d'abord comme témoin et ensuite placée en garde à vue, prolongée par le juge d'instruction. Ses déclarations avaient été déterminantes pour la suite de la procédure. Son beau-frère, visé par ses accusations, avait été inculpé et finalement abattu par le père du petit garçon. En 2017, la procédure a été rouverte à l'égard de plusieurs personnes, dont Murielle Bolle. Elle a demandé la nullité de la garde à vue en raison de « l'absence de notification du droit de se taire, l'absence d'assistance d'un avocat, l'absence de notification du droit à un examen médical et l'absence d'avis à famille ». La Chambre de l'instruction a refusé la nullité de la garde à vue, car elle répondait « aux critères légaux et jurisprudentiels de la garde à vue de l'époque » et que les exigences conventionnelles posées ultérieurement par la Cour européenne des droits de l'Homme n'étaient ni existantes « ni prévisibles » dans leur évolution. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a décidé de la transmettre au Conseil Constitutionnel. La décision rendue le 16 novembre 2018 constate l'inconstitutionnalité du dispositif de la garde à vue applicable aux mineurs avec effet immédiat en raison d'une méconnaissance des articles 9 et

Actualité pénale

16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, car il y a absence de « conciliation équilibrée entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » et violation du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs qui exige une « atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées ».

La Cour de cassation se contente d'appliquer la décision du Conseil constitutionnel. L'inconstitutionnalité vaut abrogation à partir de la date de la publication, donc le 17 novembre 2018, et s'applique à toutes les affaires non définitivement jugées. La garde à vue effectuée en application de dispositions inconstitutionnelles doit être annulée.

L'arrêt de la Chambre criminelle est aussi l'occasion d'une application particulière de la règle de l'impartialité, car examinée sous son angle subjectif. Un des juges, auquel était confié un supplément d'information dans l'affaire, avait noté ses impressions et détails dans des carnets intimes. Un des héritiers a pris la décision d'en révéler la teneur, alors qu'ils étaient censés rester confidentiels. Ses propos « traduisent une perception extrêmement négative de la famille » de la mise en cause qui demande l'annulation ou la cancellation des actes effectués, sur commission rogatoire délivrée par ce magistrat pour défaut d'impartialité. La Chambre de l'instruction rejette la demande et apporte des précisions quant à son appréciation de l'impartialité qui a été doublement définie par la Cour européenne des droits de l'Homme, dans son volet subjectif et objectif. L'impartialité

Actualité pénale

subjective s'apprécie par rapport à la personne elle-même et elle mesure l'absence de parti pris dans son for intérieur. L'impartialité objective s'apprécie par rapport à la fonction et à l'institution et repose sur la théorie des apparences selon laquelle la justice non seulement doit être rendue, mais il faut qu'il soit visible qu'elle a été rendue (« *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »).

La Cour de cassation approuve cette décision et constate qu'il n'y a pas de remise en cause de l'impartialité objective puisque le juge n'a pas participé à la formation de jugement, se plaçant d'un point de vue strictement institutionnel et de la règle de la séparation des fonctions. Il n'y a pas plus de remise en cause de l'impartialité subjective, car ce juge n'avait jamais « exprimé ou employé publiquement ou en présence des parties des expressions sous-entendant une appréciation négative », aucun de ses actes ne traduit un parti pris ou un préjugé personnel et les juges peuvent s'assurer qu'il a bien instruit à charge et à décharge. Dès lors, les magistrats font le lien entre les deux formes d'impartialité, qui ne peut être remise en cause par « ce que pensait un juge en son for intérieur et qui relève de sa liberté de pensée, à partir de notes confidentielles établies par ce magistrat, dès lors qu'elles ne se sont pas traduites par une manifestation extérieure de partialité dans ses propos ou son comportement au cours de la procédure qui lui a été confiée ». La Cour de cassation met en garde contre cette appréciation intervenant a posteriori, donc détachée du contact avec l'événement et son contexte.

Actualité pénale

AUDITION LIBRE DE MINEUR

Conseil constitutionnel, n° 2018-762 QPC 8 février 2019

La loi du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, a créé l'audition libre définie à l'article 61-1 dans le Code de procédure pénale. La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction peut être entendue librement, sans contrainte puisqu'elle a le droit de quitter les locaux à tout moment, et bénéficie de certains droits de la défense. Le dispositif est attaqué par une question prioritaire de constitutionnalité en raison du fait qu'il ne prévoit pas de spécificité pour les mineurs et méconnaîtrait le principe d'égalité devant la loi pénale puisque le mineur mis en cause ne bénéficierait pas des mêmes garanties que dans le cadre d'une garde à vue, notamment l'assistance obligatoire d'un avocat et un examen médical, et que ses représentants légaux soient informés de la mesure. Si le Conseil rappelle que « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle », il constate aussi que la responsabilité pénale des mineurs n'est pas écartée, ce qui permet de soumettre le mineur à certaines mesures d'investigation. Ce principe connaît des exceptions (« toutefois »), parmi lesquelles s'inscrit l'audition libre. Si elle est

Actualité pénale

donc autorisée dans son principe, elle « se déroule selon ces mêmes modalités lorsque la personne entendue est mineure et ce, quel que soit son âge », ce qui ne permet pas de s'assurer « que le mineur consente de façon éclairée à l'audition libre ni à éviter qu'il opère des choix contraires à ses intérêts ». Le Conseil constitutionnel ne peut que conclure à l'inconstitutionnalité du régime juridique de l'audition libre des mineurs. « Dès lors, en ne prévoyant pas de procédures appropriées de nature à garantir l'effectivité de l'exercice de ses droits par le mineur dans le cadre d'une enquête pénale, le législateur a contrevenu au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs. » Cependant, l'effet de la décision est reporté au 1^{er} janvier 2020 puisque la décision d'inconstitutionnalité immédiate entraînerait des conséquences manifestement excessives ayant pour effet de « supprimer les garanties légales encadrant l'audition libre de toutes les personnes soupçonnées, majeures ou mineures ». Le législateur dispose de moins d'un an pour transposer le régime juridique particulièrement protecteur du mineur dans le cadre de la garde à vue à l'audition libre.

ACCÈS AU RAPPORT D'EXPERTISE

Conseil constitutionnel, n° 2018-765 QPC, 15 février 2019

L'article 167 du Code de procédure pénale prévoit des conditions dans lesquelles les parties peuvent avoir accès aux rapports d'expertise. Ces derniers sont adressés aux avocats des parties sur demande, par lettre ou même envoi électronique. Une question prioritaire de constitutionnalité soutient qu'il y a dans ce dispositif une méconnaissance du principe d'égalité devant la

Actualité pénale

justice, du droit à un procès équitable et des droits de la défense puisqu'il instaure une différence de traitement injustifiée entre les parties assistées d'un avocat et les autres, en ce qu'elles réservent aux avocats la possibilité de demander au juge d'instruction la copie intégrale du rapport d'expertise.

Le Conseil constitutionnel considère que « les dispositions contestées ont ainsi pour effet de priver les parties non assistées par un avocat du droit d'avoir connaissance de l'intégralité d'un rapport d'expertise pendant le délai qui leur est accordé pour présenter des observations ou formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise ». Cette limitation du droit d'en prendre connaissance pourrait être limitée par des intérêts considérés comme supérieurs, tels que respect de la vie privée, à la sauvegarde de l'ordre public ou à l'objectif de recherche des auteurs d'infractions. Toutefois, la restriction de l'accès au rapport d'expertise aux parties non assistées d'un avocat ne semble s'expliquer par aucune de ces raisons et constitue, dès lors, une violation du principe d'égalité devant la justice.

La limitation de la consultation du rapport d'expertise par les parties non assistées est considérée comme inconstitutionnelle, mais l'effet est différé au 1^{er} septembre 2019 en raison des conséquences importantes. En effet, son abrogation immédiate pure et simple permettrait à toute partie d'obtenir communication du rapport d'expertise sans considération pour une éventuelle atteinte à la vie privée, à la sauvegarde de l'ordre public ou à l'objectif de recherche des auteurs d'infractions. L'équilibre entre ces intérêts appartient au pouvoir général d'appréciation du Parlement, auquel le Conseil constitutionnel ne saurait se substituer.

Actualité pénale

ASSOCIATION DE MALFAITEURS TERRORISTES

Crim. 20 février 2019, n° 18-80777, publ. Bull. à venir

Un homme est interpellé dans un autocar entre la frontière entre la Bulgarie et la Serbie, alors qu'il essaie de se rendre en Turquie, après avoir été expulsé une première fois de ce pays, alors qu'il essayait de se rendre en Syrie. Il voyageait en compagnie de sa femme et leur fils, ainsi que d'un autre homme dont l'absence avait été signalée par son épouse. Faisant l'objet d'un mandat d'arrêt, il est condamné par le tribunal correctionnel du chef d'association de malfaiteurs en vue de préparer des actes de terrorisme ; il l'a condamné à neuf ans d'emprisonnement, en fixant la période de sûreté aux deux tiers de cette peine. La Cour d'appel confirme la culpabilité ainsi que la peine prononcée et caractérise les éléments constitutifs de l'infraction en se fondant sur une multitude de faits. L'association de malfaiteurs à caractère terroriste est définie par l'article 421-2-1 du Code pénal comme « le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ». À ce titre, elle constitue donc une combinaison de l'association de malfaiteurs de l'article 450-1 (« tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement ») et des infractions terroristes (des infractions de droit commun recevant une analyse particulière lorsqu'elles ont « pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »). L'élément matériel de l'infraction est constitué par l'appartenance à une entreprise terroriste à

Actualité pénale

caractère collectif, alors que son élément moral est constitué par la conscience de l'auteur de la commission des actes à caractère terroriste. La Cour d'appel prend en compte une série de comportements et en déduit la conscience de la personne de participer à une association à caractère terroriste.

En l'espèce, l'élément matériel est constitué par plusieurs faits. Tout d'abord, l'entreprise a indiscutablement un caractère collectif. Y participent trois personnes - la personne condamnée, sa femme et le complice. Il est intéressant de noter que trois personnes se trouvent impliquées. Cela permet de constater que le critère numérique de la bande organisée ou de l'association de malfaiteurs est rempli, car elles ne peuvent être caractérisées que lorsque plus de trois personnes y participent. Plus encore, elles obéissent à une organisation ou, tout au moins, à une concertation commune. Ainsi, les messages reçus montrent que la femme doit rejoindre une « maison d'épouses », alors que les hommes sont formés au combat. Ils suivent un plan soigneusement préparé en ayant séjourné, dans un premier temps, dans un lieu connu pour être un lieu de passage pour rejoindre l'organisation dite « État islamique » et, après leur expulsion, en empruntant un itinéraire les conduisant à la frontière syrienne. Enfin, les trois personnes partagent une conviction commune et essaient de se rendre en zone de combat syrienne pour commettre des actes à caractère terroriste, le support informatique ayant révélé qu'ils regardaient et postaient des photos de soldats de l'organisation dite « État islamique », de combattants en arme, de drapeaux de cette organisation et des vidéos relatives à des groupes terroristes.

L'élément moral est déduit de ces comportements d'organisation « occulte » et, plus particulièrement, de la dissimulation dont le projet est entouré. Le voyage est dissimulé à la famille proche,

Actualité pénale

l'itinéraire emprunté est compliqué et tortueux mais permet d'éviter les contrôles de police, la volonté de se rendre en Syrie et de rejoindre l'organisation « État islamique » est établie par les messages échangés avec des membres devant les accueillir. La personne condamnée critique dans son pourvoi plus particulièrement cet élément en considérant qu'il était très attiré par le tourisme en Turquie et que le ministère public n'avait nullement apporté la preuve de l'élément moral de l'infraction d'association terroriste. En acceptant de le condamner, les juges avaient opéré un inversement de la charge de la preuve et avaient porté atteinte à sa présomption d'innocence et aux principes probatoires dans le procès pénal. La Chambre criminelle rejette de manière laconique cette critique (« sans inverser la charge de la preuve »). Les juges du fond ont utilisé une présomption habituelle dans le cadre de la preuve de l'élément moral. Puisqu'il est impossible de disposer aujourd'hui d'une preuve scientifique objective et fiable de la volonté et de la conscience de la personne, le juge déduit l'élément moral des éléments de fait qui sont à sa disposition. La présomption judiciaire n'inverse pas la charge de la preuve mais permet de déduire un fait inconnu, l'élément moral, des faits connus servant de fondement à l'élément matériel.

Il convient de souligner que la participation à une association de terroristes est une infraction-obstacle qui permet de déclencher la répression à un stade précoce de la préparation de l'infraction. Il n'est nullement nécessaire d'attendre que les actes terroristes entrent en phase de commencement d'exécution, la simple préparation constitue l'infraction et la répression permet de stopper l'action avant que tout dommage ou trouble ne soit ressenti. La critique n'est même pas prise en compte par la Cour de cassation, tellement le dispositif est connu et répond à la volonté exprimée

Actualité pénale

par le législateur lors de son introduction dans l'arsenal pénal. La Chambre criminelle rejette le pourvoi et considère que la peine prononcée est justifiée, compte tenu de la gravité des faits et de la personnalité du délinquant, ayant « fait preuve de dissimulation et d'une mauvaise foi patente ».

VIOL – SURPRISE

Crim. 23 janvier 2019, n° 18-82833, publ. Bull. à venir

L'article 222-23 du Code pénal définit le viol comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise ». Le défaut de consentement de la victime doit nécessairement être matérialisé par un des moyens faisant partie de la liste limitative de l'article. Si la loi du 3 août 2018 a donné une définition de la surprise, rejoignant l'hypothèse particulière de la contrainte, ces dispositions ne sont pas applicables à l'époque des faits. Par ailleurs, elles n'auraient pas modifié l'appréciation juridique de l'espèce. La surprise est, incontestablement, le moyen le plus rare et le plus difficile à caractériser juridiquement, d'où l'intérêt de cet arrêt rendu par la Chambre criminelle le 23 janvier 2019.

Un homme est poursuivi pour plusieurs viols commis sur des femmes différentes suivant le même scénario. L'homme fait la connaissance des victimes sur un site de rencontre. Il se présente comme étant un homme âgé de 37 ans, architecte d'intérieur, belle apparence physique, travaillant à Monaco, demeurant à Nice et joint une photo censée le représenter. Une relation amoureuse s'instaure par téléphone, des confidences sont échangées.

Actualité pénale

Plusieurs mois après, il propose à la victime de le rejoindre à son domicile pour une rencontre magique. Un mode opératoire très particulier s'ensuit. La victime doit entrer dans l'appartement, se bander les yeux sans l'avoir vu, se mettre nue et le rejoindre dans la chambre guidée par sa voix. Après lui avoir attaché les mains au montant du lit, ils ont une relation sexuelle. À l'issue, il la détache et l'autorise à enlever son bandeau. La victime découvre qu'il ne correspond pas au profil "internet" du site de rencontre et qu'il s'agit en réalité « d'un "vieil homme" à la peau fripée et au ventre bedonnant » de 68 ans. Après plusieurs affaires de ce type qui ont fait l'objet de classement sans suite, l'homme reconnaît de nombreux faits et est mis en accusation par le juge d'instruction pour viol aggravé par la mise en contact par un moyen de communication électronique.

La Chambre de l'instruction infirme la qualification pénale du viol, car si un stratagème a été utilisé pour les conduire à son domicile, elles avaient accepté d'avoir une relation sexuelle suivant un scénario élaboré par cet homme et qui constituait « une situation pour le moins "originale" » qu'elles avaient la capacité d'apprécier, alors qu'elles pouvaient essayer « de s'y dérober, aucune contrainte ou menace sérieuse n'étant exercées contre elles ». Ainsi, les juges considèrent que « la surprise ne peut être assimilée au sentiment d'étonnement ou de stupéfaction des plaignantes lors de la découverte des caractéristiques physiques de leur partenaire ».

La Cour de cassation casse l'arrêt de la chambre de l'instruction qui n'a pas suffisamment tenu compte de l'emploi du stratagème, qu'elle avait cependant constaté. Elle en profite pour affirmer clairement, sur un ton solennel et péremptoire, donnant à cet arrêt la forme d'un arrêt de principe, que « l'emploi d'un stratagème destiné à dissimuler l'identité et les caractéristiques

Actualité pénale

physiques de son auteur pour surprendre le consentement d'une personne et obtenir d'elle un acte de pénétration sexuelle constitue la surprise ». Il convient de mettre l'accent sur le stratagème, qui contient intrinsèquement une fraude et une tromperie, et moins la surprise. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, elle-même, avait énoncé que « l'élément constitutif de l'agression sexuelle consiste à surprendre le consentement de la victime et ne saurait se confondre avec la surprise exprimée par cette dernière » (Crim. 25 avril 2001, JCP 2003, II, 10001), lorsque la victime affirme « être tombée des nues ». Mais le stratagème surprend le consentement de la victime et le vicie. Si la violence, la contrainte ou la menace annihilent le consentement et remettent en cause son existence même, le consentement n'est plus libre, la surprise fait naître un doute sur sa qualité, le consentement n'est plus éclairé. Dans un cas, comme dans l'autre, il constitue un cas de viol au sens de l'article 222-23 du Code pénal.

Police administrative

Par M. Ludovic Guinamant

La Cour administrative d'appel de Paris confirme la révocation d'un agent de la surveillance de Paris pour méconnaissance des obligations d'obéissance, de réserve et de neutralité en manifestant de manière ostentatoire son appartenance religieuse

CAA Paris, 19 février 2019, 4^{ème} chambre, n° 17PA00273

Les agents de la surveillance de Paris étaient, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2017-257 du 28 février 2017, des fonctionnaires des administrations parisiennes placés sous la direction du préfet de police et, pour la majorité d'entre eux, affectés dans les commissariats de police de Paris.

Si la loi précitée a placé le corps des agents de surveillance de Paris sous la direction du maire de Paris, le contentieux qu'avait à trancher la Cour administrative d'appel de Paris concernait directement une décision du Préfet de police de Paris en tant qu'autorité ayant prononcé la sanction de révocation pour motifs disciplinaires le 3 juin 2015.

Les juges de la cour administrative d'appel rappellent dans leur arrêt que Mme C. avait été révoquée aux motifs qu'elle ne respectait pas sa hiérarchie en refusant de saluer ses supérieurs masculins et en tenant à leur égard des propos agressifs et menaçants, qu'elle avait eu un comportement répréhensible lors d'une manifestation non déclarée à laquelle elle participait, à titre privée et que, lors de la garde à vue y faisant suite, elle avait refusé de répondre aux questions qui lui étaient posées, qu'elle ne respectait pas la tenue réglementaire imposée aux agents de

Police administrative

surveillance et plus généralement laissait apparaître de manière ostentatoire son appartenance religieuse, notamment à l'occasion de son refus de participer à la minute de silence pour les victimes de l'attentat de « Charlie Hebdo ».

Les magistrats énoncent et détaillent dans leur arrêt les faits reprochés et en concluent que ces derniers n'étaient pas entachés d'inexactitude matérielle et que, compte tenu de leur gravité et du fait que l'intéressée, par les actes qui lui sont reprochés, a méconnu ses obligations d'obéissance, de réserve et de neutralité en manifestant de manière particulièrement ostentatoire son appartenance religieuse, portant ainsi atteinte à l'image de la police, alors qu'elle avait fait l'objet de deux précédentes suspensions temporaires de fonction entre 2010 et 2012, ces faits justifient le prononcé d'une sanction de révocation.

Fraude fiscale : la déclaration obligatoire d'un compte bancaire à l'étranger est soumise à l'existence d'un mouvement de fonds dans l'année

Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies, 4 mars 2019, n° 410492

M. et Mme B sont titulaires de deux comptes bancaires au Luxembourg. Lors d'un examen contradictoire de leur situation fiscale sur les années 2008 à 2010, l'administration fiscale a décidé de leur infliger une amende pour défaut de déclaration de ces deux comptes bancaires.

Le Tribunal administratif de Nice et la Cour administrative de Marseille ont déchargé les époux B de l'amende infligée. Le

Police administrative

ministre de l'Action et des Comptes publics s'est pourvu en cassation.

Le Conseil d'État confirme les décisions précédentes en précisant par un considérant de principe que « *il résulte des travaux préparatoires de la loi de finances pour 1990 (...) que le législateur, en mettant en place une obligation de déclarer les comptes bancaires utilisés à l'étranger, a entendu instaurer une procédure de déclaration des mouvements de fonds sur de tels comptes afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, s'agissant de contribuables qui ne sont pas astreints à la tenue d'une comptabilité et d'opérations bancaires pour lesquelles l'administration ne peut se faire communiquer les relevés en exerçant le droit de communication qui lui est ouvert par l'article L. 83 du livre des procédures fiscales. Eu égard à l'objet des dispositions en cause, un compte bancaire ne peut être regardé comme ayant été utilisé par un contribuable pour une année donnée que si ce dernier a, au cours de cette année, effectué au moins une opération de crédit ou de débit sur le compte. Ne constituent pas de telles opérations, d'une part, des opérations de crédit qui se bornent à inscrire sur le compte les intérêts produits par les sommes déjà déposées au titre des années précédentes, et, d'autre part, des opérations de débit correspondant au paiement des frais de gestion pour la tenue du compte* ».

La reconnaissance des permis de conduire délivrés dans un État membre et l'impératif de sécurité routière

Cour de justice de l'Union européenne, 7^{ème} chambre, 28 février 2019, n° C-9/18

À la suite d'un accident de la route survenu le 1^{er} septembre

Police administrative

2015, il a été constaté que M. M., ressortissant allemand résidant sur le territoire allemand, ne disposait plus, depuis le retrait de son permis de conduire en 2006, d'une autorisation de conduire allemande.

M. M. était toutefois titulaire d'un permis de conduire polonais, délivré le 1^{er} août 2011 sur le fondement d'un permis de conduire hongrois datant du 3 novembre 2010. Ce dernier permis avait été délivré en échange d'un permis de conduire russe datant de 1986, dont il s'est avéré qu'il était falsifié. Pour ce délit d'usage de faux, M. M. a fait l'objet d'une condamnation, en 2012, par un tribunal allemand.

Par jugement du 24 avril 2017, le tribunal de district de Bad Säckingen a condamné M. M. pour conduite intentionnelle sans autorisation de conduire.

Saisi en appel, le tribunal régional supérieur de Karlsruhe a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'obligation de reconnaissance (...) existe-t-elle également lorsqu'un État membre a procédé à l'échange d'un permis de conduire sans examen d'aptitude et que le permis de conduire antérieur n'est pas soumis à l'obligation de reconnaissance (...) ? »

Les magistrats européens rappellent d'abord que, dès lors que les autorités d'un État membre ont délivré un permis de conduire, il n'est plus possible aux autres États membres de vérifier le respect des conditions de délivrance prévues par la directive 2006/126 et que la détention d'un permis de conduire délivré par un État membre devant être considérée comme constituant la preuve que le titulaire de ce permis remplissait ces conditions au jour où ce dernier lui a été délivré.

La Cour de justice de l'Union européenne déclare toutefois que la directive 2006/126 n'a pas vocation à fixer les exigences à

Police administrative

satisfaire pour l'échange des permis de conduire issus d'États tiers, une telle prérogative relevant de la seule compétence des États membres, de sorte que ces États ne sauraient être liés par les appréciations effectuées par d'autres États membres à cet égard. « Par conséquent, au risque que soient remis en cause les impératifs de sécurité routière visés par la directive 2006/126, ne saurait être imposée à un État membre la reconnaissance d'un permis de conduire, dont le titulaire a sa résidence normale sur son territoire, qui a été délivré par un autre État membre, sans examen d'aptitude, en échange d'un permis de conduire issu d'un autre État membre au seul motif que ce dernier permis de conduire a lui-même fait l'objet d'un échange antérieur avec un permis de conduire délivré par un État tiers. »

Procédure de changement de permis de conduire obtenu dans un État étranger : examen *in concreto* de la nationalité du titulaire du permis

Conseil d'État, 5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies, 20 février 2019, n° 419143

M. B, dont la nationalité française a été reconnue par un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 13 mars 2014, a sollicité le 16 novembre 2015 l'échange de son permis de conduire algérien, délivré le 1^{er} juin 1997 et renouvelé le 23 novembre 2014, contre un permis français.

Par une décision du 10 décembre 2015, le préfet de police a refusé, sur le fondement du D du II de l'article 5 de l'arrêté ministériel du 12 janvier 2012 fixant les conditions de reconnaissance et d'échange des permis de conduire délivrés par les États

Police administrative

n'appartenant ni à l'Union européenne, ni à l'Espace économique européen, de procéder à cet échange, au motif que l'intéressé n'avait pas apporté la preuve de l'établissement de sa résidence normale sur le territoire de l'État qui lui avait délivré le permis.

Saisi par la voie de cassation contre le jugement du tribunal administratif de Paris du 21 novembre 2017 qui avait rejeté la demande d'annulation de la décision du préfet de police, le Conseil d'État pose comme principe, avant d'annuler la décision du préfet de police, que « *lorsque le demandeur n'a, à la date d'obtention de son permis étranger, d'autre nationalité que celle de l'État de délivrance de ce permis, il est dispensé de faire la preuve de sa résidence normale dans cet État. La circonstance que l'intéressé se soit par la suite vu reconnaître la nationalité française est, même lorsqu'il est réputé français dès sa naissance, sans incidence sur l'application de cette règle de preuve* ».

Le contrôle médical imposé par le préfet n'est pas une mesure de police liée à la suspension de permis de conduire mais a pour objet de vérifier l'aptitude à de nouveau conduire

Conseil d'État, 5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies, 20 février 2019, n° 419702

Par un arrêté du 18 juin 2015, le préfet des Pyrénées-Atlantiques a suspendu pour six mois le permis de conduire de M.A..., qui avait commis un excès de vitesse, et subordonné la restitution du permis à une visite médicale.

Par un jugement du 16 octobre 2015, le tribunal de police de Pau a prononcé contre M.A..., à raison des mêmes faits, la peine de la

Police administrative

suspension du permis de conduire pour une durée de trois mois. Par un arrêté du 26 juillet 2016, le préfet des Pyrénées-Atlantiques a de nouveau suspendu le permis de conduire de l'intéressé au motif qu'il n'avait pas effectué la visite médicale prescrite. Le tribunal administratif de Pau, saisi par M.A..., a annulé cet arrêté par un jugement du 6 octobre 2017 contre lequel le ministre de l'Intérieur s'est pourvu en cassation.

Le Conseil d'État annule le jugement du tribunal administratif de Pau pour erreur de droit.

Il considère que, si la mesure de suspension judiciaire d'une durée de trois mois s'est substituée à la suspension administrative d'une durée de 6 mois, cette substitution n'a pas pour objet d'exclure toute obligation de faire procéder à une vérification médicale de l'aptitude à la conduite en cas de suspension du permis de conduire d'une durée inférieure à six mois. Toutefois, ces mesures administrative et judiciaire imposent aux conducteurs dont le permis a fait l'objet d'une suspension d'une durée égale ou supérieure à six mois une vérification comportant l'ensemble des éléments qu'elles mentionnent, dont un examen psychotechnique.

L'enregistrement vidéo de membres de la police dans un commissariat de police pendant l'exécution d'actes de nature procédurale et la publication sur un site Internet de cette vidéo relèvent du champ d'application de la législation européenne en matière de protection des données personnelles

Cour de justice de l'Union européenne, 2^{ème} chambre, 14 février

Police administrative

2019, n° C-345/17

Alors qu'il se trouvait dans les locaux du commissariat de la police nationale, M. A. a filmé la prise de sa déposition dans le cadre d'une procédure d'infraction administrative. M. A. a publié la vidéo ainsi filmée qui montrait des membres de la police et leur activité dans le commissariat, sur le site Internet www.youtube.com.

À la suite de cette publication, l'Autorité nationale de la protection des données lettone a considéré, dans une décision du 30 août 2013, que M. A. avait violé la loi relative à la protection des données, au motif qu'il n'avait pas donné aux membres de la police, en leur qualité de personnes concernées, les informations visées à cette disposition portant sur la finalité du traitement des données à caractère personnel les concernant. M. A. n'aurait pas non plus communiqué à l'Autorité nationale de la protection des données les informations relatives à la finalité de l'enregistrement de la vidéo en cause et de sa publication sur un site Internet, qui attesteraient de ce que l'objectif poursuivi était conforme à la loi relative à la protection des données. L'Autorité nationale de la protection des données a, dès lors, demandé à M. A. de faire en sorte que cette vidéo soit supprimée du site Internet www.youtube.com et d'autres sites Internet.

Pour sa défense, M. A. a notamment fait valoir que la vidéo en cause montrait des fonctionnaires de la police nationale, c'est-à-dire des personnes publiques dans un lieu accessible au public, qui ne relèveraient pas, à ce titre, du champ d'application personnel de la loi relative à la protection des données.

La Cour suprême lettone a donc saisi la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) afin de savoir si le fait de filmer des membres de la police dans un commissariat de police pendant

Police administrative

l'exécution d'actes de nature procédurale et de publier la vidéo ainsi enregistrée sur le site Internet www.youtube.com relève du champ d'application de la législation européenne sur la protection des données.

Dans son arrêt du 14 février 2019, la CJUE précise, d'une part, que l'enregistrement et la publication de la vidéo ainsi enregistrée sur un site Internet relèvent du champ d'application de la législation européenne sur la protection des données personnelles et, d'autre part, que l'enregistrement et la publication de la vidéo sur un site Internet de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder et partager celles-ci, peuvent constituer un traitement de données à caractère personnel aux seules fins de journalisme pour autant qu'il ressorte de ladite vidéo que ledit enregistrement et ladite publication ont pour seule finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Par M. Xavier Latour

Les agents de sécurité privée

Un colloque, organisé le 30 janvier 2019 par l'Université Paris Descartes et l'Université Côte d'Azur, a permis de réfléchir à l'environnement juridique, économique et social des agents de sécurité privée. Il a présenté l'intérêt de rassembler des universitaires, des représentants de la puissance publique, des employeurs et des syndicalistes autour d'un thème très riche.

Même dans une société ouverte aux technologies, la sécurité est avant tout une question d'individus. À ceux qui entendent commettre des malveillances s'opposent ceux qui essaient de les en empêcher. Dans cette seconde catégorie, les agents de la sécurité privée ont un rôle essentiel à jouer.

Qu'ils travaillent pour le compte de prestataires de service ou de services internes, des femmes (encore peu) et des hommes se positionnent dans un environnement professionnel, social et juridique complexe.

Les efforts accomplis depuis la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 pour professionnaliser les agents et garantir leur respectabilité produisent des effets contrastés. La sécurité privée demeure un objet d'autant plus exposé aux critiques qu'il est mal identifié. Ce colloque résulte d'ailleurs d'un constat selon lequel de nombreux paradoxes caractérisent leur situation.

Professionnellement, la sécurité privée embauche. Elle offre

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

d'ailleurs d'intéressantes perspectives d'accès à l'emploi pour beaucoup de candidats. Elle représente un véritable vecteur d'insertion sociale.

À l'inverse, elle peine à fidéliser ses personnels. Le précédent colloque, consacré aux moyens de la sécurité privée¹, avait commencé à mettre en évidence plusieurs causes de déception, parmi lesquelles des rémunérations peu motivantes, des conditions de travail difficiles, voire dangereuses, et des perspectives d'évolution dans la hiérarchie de l'entreprise très incertaines. Des employeurs tentent de faire sauter ces verrous, en particulier en ce qui concerne la revalorisation des rémunérations.

Socialement, la sécurité privée est partout. Son acceptation par la société ne fait apparemment guère de doutes. Des évolutions aussi cruciales que celles relatives à l'armement des agents, en 2017, n'ont provoqué aucune réaction d'hostilité. Au contraire, plusieurs études d'opinion témoignent d'une attente globale de sécurité de la part de la population². Non seulement les Français ne seraient pas opposés à la sécurité privée, mais ils attendraient davantage d'elle. Les Français ont en partie converti leur regard sur la sécurité privée. Pourtant, les agents eux-mêmes ne semblent pas en avoir totalement conscience. Ils continuent de douter.

D'un côté, ils se sentent mal-aimés. Ils peinent à évoluer dans leur milieu et à se départir de l'image du vigile. Des activités

1. AUBERTIN, Christophe. LATOUR, Xavier (dir.). *Les moyens de la sécurité privée*. Paris : Mare et Martin, 2018, 134 pages.

2. Enquête USP/IFOP octobre 2017. Enquête du magazine « Protection sécurité magazine », n° 274, mai-juin 2018.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

hétérogènes, aux contours parfois mal définis, accroissent le trouble. D'un autre, la population méconnaît la mission des agents. Elle les pare de vertus qu'ils n'ont pas, ou tend à les dévaloriser. Souvent, la question de l'utilité et de la crédibilité des agents se pose aux yeux d'un public qui a des difficultés à dégager le bon grain de l'ivraie. Ni les progrès réalisés en termes de formation et de moralisation ni la montée en compétences des agents dans de nombreux domaines ne sont toujours aisément perçus.

Juridiquement, la sécurité privée pensait avoir atteint le stade de la maturité, d'une part en entrant dans le Code de la sécurité intérieure (CSI) au même titre que les forces publiques de sécurité, et en bénéficiant de nouvelles prérogatives ; d'autre part, en se soumettant à un organisme de contrôle dédié, le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS).

Les évolutions législatives et réglementaires de ces trente dernières années ne donnent pas une totale satisfaction. En appartenant à un domaine réglementé, l'agent de sécurité privée est le sujet d'un droit qui oscille entre progrès, échecs et incertitudes, y compris dans une période d'exposition marquée à la menace terroriste³. Dans son rapport annuel 2018, la Cour des comptes a relevé plusieurs dysfonctionnements, tant en matière des contrôles et du rôle joué par l'État, que de comportements des entreprises. En dépit de la sévérité du propos, force est de constater que les agents peuvent s'interroger sur le droit qui leur est applicable. Le rapport des députés Fauvergue et Thourot

³. LATOUR, Xavier. La sécurité privée et la prévention du terrorisme. In : *Annuaire 2017 du droit de la sécurité et de la défense*, Mare et Martin, 2017, p. 547-562.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

« D'un *continuum* de sécurité vers une sécurité globale », rendu en septembre 2018, a confirmé que beaucoup reste à faire même si certains secteurs fonctionnent bien, à l'instar de la sûreté aéroportuaire.

Tous ces éléments justifiaient de placer l'agent au centre de la réflexion. Entre l'impression et la démonstration, seule une approche scientifique permet de broser un panorama le plus exact possible de la situation.

Les travaux ont ainsi mis en évidence d'une part, le doute auquel les agents sont en proie (I), ce qui justifie, d'autre part, une quête d'améliorations (II).

I. Des agents en proie au doute

L'agent de sécurité s'interroge sur sa relation à l'entreprise (A) et sur l'accomplissement des missions confiées (B).

A. La relation à l'entreprise

Les agents se préoccupent avant tout de leur rémunération. Une enquête de l'INSEE publiée le 22 novembre 2018 établissait un salaire horaire brut à 13 euros pour deux tiers des agents, ce qui est quand même un peu plus élevé que dans la propreté. Faut-il s'en contenter ou le déplorer au regard des missions effectuées ? Comment des entreprises, y compris parmi les plus importantes, qui vendent à vil prix des prestations, envisagent-elles de rétribuer correctement leurs salariés, avec des marges par ailleurs

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

très faibles (3,7 %) ?

La situation des agents s'inscrit dans un jeu complexe qui leur échappe en grande partie. Au service d'un employeur, ils dépendent des choix stratégiques de ce dernier : la quantité plus que la qualité, des prix sacrifiés plus que des prix justifiés. Le droit peine à mettre de l'ordre dans ce qui relève d'une relation contractuelle⁴. Activité réglementée, la sécurité privée n'en demeure pas moins une activité commerciale.

Le contrat de travail crée le doute. 75 % de CDD avec un taux de transformation en CDI de 3 % ne sécurisent pas la relation de travail. Un taux d'ancienneté de 4 ans démontre la difficulté de pérenniser l'embauche.

Le droit commun du travail est en partie perturbé par l'environnement particulier de la sécurité privée. Si une modernisation des CDD s'impose sans doute, elle devrait intégrer une réflexion sur la faible utilisation de certaines formes de contrats (contrats de professionnalisation, d'apprentissage) qui traduisent des difficultés liées à la formation.

Une autre préoccupation des agents concerne leurs perspectives d'évolution de carrière. Le constat est suffisamment connu pour ne pas insister sur la carence de l'encadrement intermédiaire qui mine leur avenir.

Sous un autre angle, comme l'aéroportuaire, le doute existe, mais pour d'autres raisons. En l'espèce, l'influence des gains de productivité grâce aux technologies devient bien réelle.

⁴. AUBERTIN, Christophe, LATOUR, Xavier. *Les enjeux contractuels de la sécurité privée*. Paris : Mare et Martin, 2017, 120 pages.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Enfin, le contrat renvoie au lien de subordination. Or, sur ce point, l'agent peine à se situer par rapport au donneur d'ordre. Ce n'est pas seulement une question juridique, cela renvoie aussi à l'accomplissement des missions.

B. L'accomplissement des missions

Avant d'exercer ses missions, l'agent peut-il faire confiance aux formations qu'il reçoit ? A-t-il même l'impression d'être formé ?

Certes, le Livre II bis du CSI a constitué une étape importante en direction d'une crédibilité renforcée. Pour autant, la construction doit se poursuivre. La mise en place d'une filière de formation généraliste du lycée au supérieur parachèverait la refonte du baccalauréat professionnel⁵. Surtout, un meilleur encadrement de la filière « sécurité privée » s'impose.

Depuis plusieurs années, et encore en 2019, le constat est connu, le chantier de la formation reste largement inachevé. L'État peine à prendre ses responsabilités, en particulier en matière de suivi des examens. Il s'en remet trop à la certification, qui ne remplacera jamais un contrôle public des sessions d'examens, encore convient-il d'en admettre les contraintes, notamment financières.

Une fois sur le terrain, l'agent perçoit les différences de traitement entre collègues. Les conditions matérielles diffèrent

⁵. En plus du rapport Thourot et Fauvergue, voir le rapport de l'IGA, de l'IGEN et de l'IGAS, *La formation aux métiers de la sécurité privée [en ligne]*, 2012, 133 pages. Disponible sur : <https://www.interieur.gouv.fr/Publications/Rapports-de-l-IGA/Securite/Formation-aux-metiers-de-securite-privee>

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

considérablement (tenue, moyens...). L'encadrement opérationnel, ou plutôt son absence, renvoie une image troublée. Des agents plus ou moins livrés à eux-mêmes côtoient des entreprises qui ont fait le choix d'investir dans le recrutement de cadres intermédiaires.

D'autres travaillent aux côtés de sous-traitants parfois sérieux, parfois moins. Depuis des années, les discours sur les efforts à accomplir restent trop souvent lettre morte. Situé en bas de la chaîne, l'agent se trouve bien isolé faute de maillons intermédiaires, ce qui produit des conséquences sur les missions.

D'ailleurs, quelles sont ces missions ? Car l'agent de sécurité semble soumis à une forte influence du donneur d'ordre qui oublie le principe d'exclusivité des activités.

En outre, l'agent est soumis à des obligations contraignantes et bénéficie de droits en développement, notamment en matière de port d'armes, de participation à des missions de palpations et de fouilles. Cependant, dans les deux cas, leur effectivité reste conditionnée par la qualité de la relation toute particulière que l'agent entretient avec son employeur et la puissance publique.

À cet égard, le bilan parlementaire⁶ de la participation des agents privés au périmètre de protection insiste, à juste titre, sur le contrôle effectif que doit exercer l'officier de police judiciaire, conformément à la QPC n° 2017-695 du 29 mars 2018.

Dans un contexte évolutif, la situation ne demeurera sans doute pas figée. L'adaptation des prérogatives mérite une attention

6. Rapport d'information du Sénat n° 220, 2018-2019, M. M.-P. Daubresse.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

constante.

La sécurité privée a compris que la réussite de son insertion dans la sécurité générale justifie de prendre en considération les éléments de déception, voire de rejet. Mais elle ne peut pas agir seule, les réponses à apporter à des agents en quête d'améliorations passent, en tout état de cause, par des actions conjointes des employeurs, des clients et de l'État.

II. Des agents en quête d'améliorations

Aux doutes répondent les améliorations envisageables, tant en matière de relations à l'entreprise (A) que de missions confiées (B).

A. La relation à l'entreprise

Alors que la négociation collective constitue l'une des voies pour déterminer les améliorations à apporter, la puissance publique conserve sa capacité d'action dans un secteur réglementé.

Le *continuum* de sécurité justifierait une intervention de l'État, dans la limite du raisonnable. Si la puissance publique n'a pas à entraver la liberté d'entreprendre, elle peut, toutefois, corriger certaines dérives.

Une telle action implique que la puissance publique soit elle-même irréprochable. La politique du moins-disant provoque ainsi des ravages, dont les entreprises et les agents subissent

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

directement les conséquences.

Deux pistes retiennent l'attention.

La première concerne le lien entre le prix de vente des prestations et les rémunérations des agents. Dans un environnement économique fragile, la restauration des marges des entreprises représente le préalable indispensable à une politique salariale valorisante. En plus de l'influence de décisions macro-économiques (niveau des charges par exemple), la sécurité privée dépend des orientations prises en matière de prix plancher.

La suivante a trait à l'encadrement de la sous-traitance. Le rapport des députés Thourot et Fauvergue met en avant la solution espagnole. La limitation des niveaux de sous-traitance et des parts de marché à sous-traiter présenterait, selon eux, de sérieux avantages. Dans quelle mesure est-elle cependant compatible avec certains principes de notre droit fondé sur la liberté d'entreprendre ?

Dans un autre registre et pour rassurer les agents sur la viabilité de l'entreprise dans laquelle ils travaillent, la garantie financière est parfois évoquée. Toutefois, sur ce point également, la restriction apportée à la liberté d'entreprendre devra être argumentée au nom de l'intérêt général.

B. Les missions confiées

Les travaux relatifs à un *continuum* modernisé concernent directement les agents. À ce titre, certains des aspects rencontrés dans l'aérien retiennent l'attention.

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

Avant d'entrer dans le déroulement des missions, tout passe par une indispensable amélioration de la formation, de son contenu, et de sa progressivité. La formation conduit à la fierté, à l'aisance grâce aux compétences forgées, tout en l'inscrivant dans une logique de carrière, ce qui va au-delà d'une logique réglementaire. La perspective d'un BTS en sécurité va dans la bonne direction. La réflexion doit encore évoluer pour mieux croiser les formations en favorisant une meilleure connaissance des sphères publiques et privées, et travailler sur des partenariats accrus spécifiques relatifs à l'exercice de certaines missions (activités d'importance vitale, activités mettant en relation forces publiques et privées...). Plus le curseur de l'intérêt général est élevé sur l'échelle d'activité d'un agent privé, plus sa formation gagnerait à être pensée en partenariat étroit avec la puissance publique. La sécurité globale ne vit pas seulement sur le terrain, elle se conçoit en amont.

En fait, plusieurs pistes d'inégal intérêt reviennent souvent pour valoriser les agents. Cela passerait, par exemple, par une tenue standardisée. Elle les exposerait aussi peut-être davantage, ce qui justifierait des capacités de défense accrues. Parfois évoquée, la solution des pistolets à impulsion électrique suscite, cependant, des questionnements en termes de formation et de condition d'emploi.

Leur protection supposerait, en droit, la reconnaissance de garanties particulières (circonstances aggravantes) dont l'inexistence persistante est incompréhensible.

Le rapport Thourot et Fauvergue a défendu l'extension des missions des agents. Il l'a fait dans le prolongement

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

d'expérimentations amorcées (gardes statiques, transport de scellés), ou d'innovations prudentes (transfert de détenus non dangereux hospitalisés, de personnes en état d'ivresse vers les hôpitaux par exemple). Le contrôle par les forces de l'État serait systématique, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Les députés ont, également, envisagé deux autres voies. La première concerne l'association aux activités de sécurité routière, malgré les incertitudes juridiques relatives aux véhicules-radar pilotés par des opérateurs privés. L'autre consisterait à les associer, sur le fondement de l'assermentation, à des procédures simplifiées pour des petits délits (préjudice de 200 euros maximum).

Si l'autonomie et la résilience des agents pallient les limites du système, une amélioration de la chaîne hiérarchique s'impose. Cependant, comment faire en sorte qu'elle ne demeure pas un vœu pieux face aux refus des clients de l'intégrer dans les prix ? La réponse est à chercher du côté d'une réglementation comparable à la prévention incendie, au moins pour certains types de prestation de sécurité, préférable à une normalisation qui accentue le retrait de l'État là où ce dernier devrait au contraire s'affirmer.

La multiplication des missions signifie, par voie de conséquence, une augmentation des possibilités d'engager la responsabilité des agents.

À cet égard, les travaux ont mis en lumière la complexité du régime de responsabilité. L'agent engage sa responsabilité disciplinaire devant son employeur aussi bien que devant le

Droit des collectivités territoriales et de la sécurité privée

CNAPS, tandis que, parallèlement, sa responsabilité civile et sa responsabilité pénale peuvent être mises en cause. L'existence de cette combinaison ne surprend pas le juriste. L'échelle des sanctions disciplinaires prononcées par le CNAPS au regard du principe de proportionnalité avait pu susciter des interrogations, à ce jour non confirmées par la juridiction administrative. Les interrogations concernent, en revanche, deux autres points. D'une part, le débat relatif à la publication des sanctions n'a pas encore été tranché. D'autre part, le fonctionnement des commissions locales d'agrément et de contrôle laisse entrevoir des marges de progrès (composition, déport ou dépaysement automatique).

En définitive, la situation de l'agent de sécurité privée reflète les aspects positifs et négatifs du secteur. Son statut et son rôle évolueront positivement à la seule condition que chacun, puissance publique, employeur et donneur d'ordre, agisse dans la même direction, celle de la conciliation indispensable entre des intérêts plus complémentaires que divergents, ceux de l'entreprise et des salariés, autant que des intérêts privés et de l'intérêt général.

Directeur de publication : Colonel Dominique SCHOENHER

Rédacteur en chef : G^{al} d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD

Rédacteurs : G^{al} d'armée (2s) Marc WATIN-AUGOUARD
Frédéric DEBOVE
Claudia GHICA-LEMARCHAND
Xavier LATOUR
Ludovic GUINAMANT

Equipe éditoriale : Odile NETZER