

La veille juridique

N°69, juin 2018

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



Edito

Cette veille juridique est la dernière de l'année universitaire. Elle est publiée au moment où les « Bleus » viennent de remporter la Coupe de monde de football. Cela n'interdit pas de se consacrer à sa lecture, même si les esprits sont tournés vers les vacances.

Outre la promulgation de la loi de programmation militaire 2019-2025, on retiendra dans l'actualité juridique l'annonce par le Premier ministre, à l'occasion d'un discours au sein de la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), le 13 juillet 2018, d'un nouveau plan d'action comprenant 32 mesures contre le terrorisme. C'est ainsi qu'une cellule spécialisée, placée au sein de l'Unité de coordination de la lutte antiterroriste (UCLAT), devrait assurer un meilleur suivi des détenus

(Suite page 2)

EDITORIAL

radicalisés recouvrant leur liberté (450 devraient sortir de prison d'ici à 2019). Une autre cellule sera chargée du profilage des auteurs d'actes terroristes et de l'identification des facteurs de passage à l'acte. Elle aura pour mission de « dégager des critères objectifs de dangerosité chez les individus radicalisés » et « d'éclairer les processus sous-tendant le basculement d'un ou plusieurs individus dans le terrorisme ».

Sont également annoncés le renforcement du contrôle judiciaire et la facilitation de l'assignation à résidence sous surveillance électronique mobile. Les maires seront davantage associés à la prévention de la menace sans pouvoir toutefois accéder à certains fichiers (fichier S en particulier). Mesure phare : la création d'un parquet national anti-terroriste, second parquet spécialisé après celui du parquet national financier. L'action de ce procureur sera relayée par des procureurs délégués antiterroristes dans les parquets provinciaux les plus concernés par le terrorisme.

Autre sujet d'actualité : la protection du « secret des affaires ». La proposition de loi transposant la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués, a été votée par le Parlement français mais fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. Nous l'évoquerons dans notre veille juridique à la rentrée.

Bonnes vacances à nos lecteurs ! J'associe bien évidemment à ces vœux toutes les personnes qui contribuent à sa rédaction et à sa mise en page.

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**

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric Debove

Aux armes conducteurs, obtempérez aux injonctions !

Le XXI^e siècle sera religieux (ou à tout le moins spirituel), ou ne sera pas ! régulièrement attribuée à André Malraux, cette réflexion se révèle avec le temps prémonitoire tant le monde actuel est imprégné de religion, ce qui n'est pas sans soulever de délicates interrogations identitaires dans un monde en quête de sens. Dans le domaine de la déontologie de la sécurité, et pour paraphraser la célèbre réflexion du ministre de la culture du Général de Gaulle, pourrait-on affirmer de la même manière que « le XXI^e siècle sera celui de l'usage maîtrisé de la force, ou ne sera pas ? »

À l'aube de l'été 2018, la collision médiatique de plusieurs faits d'actualité milite très nettement en faveur d'une réponse résolument positive à cette question. Il en est ainsi tout d'abord du rapport 2017 de l'Inspection générale de la police nationale (IGPN). Rendu public le 26 juin 2018, ce rapport témoigne d'une forte hausse de l'utilisation du pistolet automatique par les fonctionnaires de la police nationale (394 utilisations, soit une augmentation de 54 % par rapport à l'année précédente), étant précisé qu'un tiers de ces faits ont été relevés lors de l'arrestation d'individus qui tentaient de fuir via des manoeuvres dangereuses. L'encre de ce rapport n'était pas encore sèche qu'un automobiliste (Aboubakar Fofana, âgé de 22 ans, et sous le coup d'un mandat d'arrêt pour vol en bande organisée, recel et association de malfaiteurs) décédait, touché mortellement par balle, à l'occasion d'un contrôle routier diligenté par un équipage de

Déontologie et sécurité

CRS. En dépit de l'enquête immédiatement diligentée à la suite de ce décès et de la mise en examen subséquente du fonctionnaire de police pour « violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner », cet événement douloureux a une nouvelle fois déclenché une vague de violences dans la ville de Nantes et certains de ses quartiers périphériques. C'est dire la sensibilité de ce genre d'opérations de police dans une société où les rapports police/population sont sensiblement dégradés. La délicate question de l'usage des armes à l'occasion des contrôles routiers est enfin au cœur de l'**arrêt Toubache (requête n° 19510/15) contre France rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 7 juin 2018**. Tant en raison des circonstances de l'espèce qu'en considération de la solution dégagée par les juges de Strasbourg, cet arrêt récent impliquant l'État français via l'action de la gendarmerie nationale mérite une attention toute particulière.

Fast and furious mais surtout funeste !

Les faits de l'espèce, tels qu'ils sont décrits dans l'arrêt du 7 juin 2018, sont les suivants : au cours d'une nuit du mois de novembre 2008, plusieurs individus soupçonnés d'avoir commis un vol de carburant et un cambriolage sont repérés à bord d'un véhicule circulant sur la voie publique. Une course-poursuite s'engage alors avec un véhicule de patrouille dans lequel se trouvent trois militaires de la gendarmerie. Malgré les ordres d'arrêt dénués d'ambiguïté, le déclenchement des avertisseurs sonores et lumineux et l'usage à deux reprises d'un flash-ball, le véhicule poursuivi continue sa progression à vive allure jusqu'au moment où il se trouve ralenti par un dispositif de

Déontologie et sécurité

sécurité mis en place à la suite d'un accident de la circulation totalement étranger à la course-poursuite engagée. Interrompu dans sa progression, le véhicule des fugitifs se trouve contraint de s'arrêter, ce qui permet au véhicule de la gendarmerie de s'immobiliser juste derrière. Tout en criant à haute et intelligible voix « Halte Gendarmerie », l'un des gendarmes de la patrouille se dirige rapidement vers le véhicule qu'il s'agit d'intercepter, en sortant son arme de dotation. C'est alors que le conducteur du véhicule considéré enclenche la marche arrière à plein régime, obligeant le gendarme à faire un brusque saut de côté pour éviter d'être violemment percuté. Au moment où le véhicule prend la fuite à vive allure, le gendarme réarme son arme de dotation, se met dans l'axe de la circulation et tire dans les pneus puis dans les parties basses du véhicule pour tenter de freiner sa progression. Mais en vain. Moins d'une heure après la fuite dudit véhicule - volé, faussement immatriculé et retrouvé par la suite calciné -, le corps d'un homme mortellement blessé par balles était découvert dans une caserne de pompiers. L'enquête pénale consécutive aux faits allait permettre d'établir que l'individu ainsi déposé avait été l'un des occupants du véhicule en fuite et que le projectile qui l'avait atteint mortellement avait été tiré par le gendarme au moment de l'opération d'interception.

Souvent justice varie, bien fol qui s'y fie !

La procédure pénale initiée devant les juridictions nationales est riche d'enseignements et de rebondissements comme très souvent en pareilles circonstances. Deux jours après les faits de l'espèce, une information judiciaire contre personne dénommée

Déontologie et sécurité

(en l'occurrence le militaire de la gendarmerie ayant fait usage de son arme de dotation) était ouverte du chef de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, par personne dépositaire de l'autorité publique, avec arme. À l'occasion de ses interrogatoires par les deux magistrats instructeurs désignés dans ce dossier criminel, le gendarme mis en examen affirmait « avoir visé les pneus du véhicule pour arrêter sa fuite, sans céder à la panique, puisqu'il n'avait pas vidé son chargeur. Il précisait avoir visé le pneu droit, son arme s'étant ensuite élevée au fur et à mesure que le véhicule s'éloignait. Et le gendarme d'ajouter « qu'il avait, à partir d'une certaine distance, interrompu son tir car plus la distance de tir est importante et moins ce dernier est précis ». En complément des interrogatoires du mis en examen et des auditions des témoins, une expertise balistique ainsi qu'une reconstitution des faits permettaient largement de corroborer les déclarations du militaire de la gendarmerie. L'expertise établissait ainsi que le véhicule utilisé par les fugitifs comportait cinq impacts de balle : un sur le bas de la portière droite ; un dans le bas du haillon, le projectile ayant perforé la banquette arrière ; un en dessous du coffre ; deux sur la roue arrière droite. En ce qui concerne le sixième étui retrouvé sur place, les experts conclurent à un impact sur une partie détruite du véhicule ou sur le mur d'une maison voisine des lieux des faits. L'expertise balistique précisait que « la trajectoire relativement horizontale du tir pénétrant dans l'habitacle était en faveur d'un tir éloigné, pouvant correspondre à l'un des derniers tirs, la victime pouvant être assise à droite ou à gauche sur la banquette arrière du véhicule (...), le coup de feu mortel pouvait être mesuré à 23 mètres de distance et à 1,54 mètres du sol, (...) il était légèrement plus haut que les autres, mais il était difficile de se concentrer sur un point précis pour un tir rapide sur une cible en mouvement, chaque coup de feu provoquant un relèvement de

Déontologie et sécurité

l'arme sous l'effet du recul ». Le rapport d'expertise balistique concluait enfin « qu'un délai de trois à cinq secondes seulement s'était écoulé entre le premier et le dernier tir ». Toutes ces constatations balistiques étaient d'ailleurs confortées par les observations des médecins légistes selon lesquelles le corps de la victime était vraisemblablement dans une position recroquevillée et penché en avant, au moment du tir mortel.

Au terme de l'information judiciaire, les faits litigieux – initialement retenus sous une qualification criminelle – ont été requalifiés en simple délit. Par ordonnance en date du 25 janvier 2013, les magistrats instructeurs ont en effet opté en faveur du renvoi du militaire de la gendarmerie devant un tribunal correctionnel sous la prévention d'homicide involontaire. Selon l'ordonnance de renvoi, autant les quatre premiers tirs – effectués, après sommations, entre 2,5 et 5 mètres de distance et en direction de zones à même de stopper le véhicule – étaient justifiés, autant les cinquième et sixième tirs effectués à plus de 20 mètres du véhicule ne répondaient pas au critère de l'absolue nécessité, « la faible luminosité, le relèvement progressif de l'arme par l'effet du recul, l'augmentation de la distance en raison de l'accélération du véhicule, les zigzags de la voiture en fuite augmentant corrélativement la possibilité d'impacter un occupant du véhicule et non une partie mécanique dudit véhicule ».

Saisie d'un appel interjeté par le procureur général, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel d'Amiens allait par la suite infirmer cette ordonnance de renvoi en concluant à l'irresponsabilité pénale du militaire de la gendarmerie, auteur des coups de feu mortels. Selon l'appréciation des juges amiénois, l'usage de l'arme entrainé en l'espèce dans les prévisions du jeu combiné des articles 122-4 du Code pénal (permission de la loi) et L. 2338-3 du Code de la défense dans sa version en vigueur à l'époque des

Déontologie et sécurité

faits litigieux. C'est précisément cette décision de non-lieu, approuvée par la Cour de cassation (Crim., 21 octobre 2014), qui est au coeur de la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme. Pour les requérants, le tir mortel pour leur fils caractérisait une violation de l'article 2 de la convention européenne des droits de l'Homme en considération de son absence de nécessité et de proportionnalité au but poursuivi.

Quatre tirs ça va, six tirs, bonjour les dégâts !

Comme le plus souvent devant la Cour de Strasbourg, les thèses des parties en présence s'opposaient radicalement. Alors que les requérants considéraient que le tir mortel constituait une violation flagrante du droit à la vie, le gouvernement français estimait que l'usage de l'arme, dans le feu de l'action, était justifié au sens de l'article 2 CEDH en ce qu'il avait été rendu absolument nécessaire tant pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale que pour effectuer une arrestation régulière.

Appelée à trancher cette divergence d'appréciation, la Cour européenne commence tout d'abord par rappeler les principes généraux de sa jurisprudence se rapportant à l'usage de la force meurtrière, et tout singulièrement les exigences tenant à l'absolue nécessité. De façon générale, une arrestation régulière ne peut en effet justifier de mettre en danger des vies humaines qu'en cas de nécessité absolue. Or, pareille nécessité fait défaut « *lorsque l'on sait que la personne qui doit être arrêtée ne représente aucune menace pour la vie ou l'intégrité physique de quiconque et n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction à caractère violent, même s'il peut en résulter une impossibilité d'arrêter le fugitif* »

Déontologie et sécurité

(V. déjà en ce sens, CEDH, Natchova et autres c/ Bulgarie, CEDH Mc Cann et autres c/ Royaume-Uni ou bien encore CEDH, Guerdner c/ France). Par-delà sa nécessité absolue, la force utilisée doit, en outre, être strictement proportionnée au but légitime poursuivi, en l'occurrence l'arrestation de fugitifs.

Après ce passage obligé par les principes gouvernant le recours à la force meurtrière, les juges strasbourgeois livrent leur appréciation des faits litigieux en rappelant à l'occasion qu'il ne leur appartient pas de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de tel ou tel protagoniste particulier. Autant les responsabilités pénales individuelles relèvent des seules juridictions nationales, autant la responsabilité d'un État en considération des actes de ses organes relève de la compétence de la Cour, et les deux responsabilités ne sauraient être confondues.

S'agissant de la finalité du recours meurtrier à la force, la Cour admet sans difficulté que l'action du militaire de la gendarmerie avait pour but de procéder à une arrestation régulière conformément à l'article 2§2 (b) de la Convention. Parfaitement légitime au regard de sa finalité, l'usage de l'arme était-il pour autant « absolument nécessaire » ? Autrement dit, le degré de risque que présentait l'utilisation de la puissance de feu contre le véhicule, et ayant conduit à la perte d'une vie, était-il strictement proportionné au regard du danger que représentait la voiture fugitive et de l'urgence qu'il y avait à l'arrêter ? S'appuyant sur les conclusions des investigations menées au cours de l'information judiciaire, la Cour européenne des droits de l'Homme observe tout d'abord qu'en dirigeant le feu sur la voiture d'une manière soutenue, le gendarme courait un grand risque de blesser ou tuer certains occupants de la voiture. Ce risque était d'autant plus élevé s'agissant des derniers tirs, dont l'un a été mortel, que les chances de toucher le moteur ou les pneus pour

Déontologie et sécurité

stopper le véhicule étaient pratiquement inexistantes, compte tenu de la distance et de l'axe de tir. Or, un tel degré de risque pour la vie ne peut être justifié que si la puissance de feu est utilisée en dernier recours, pour éviter le danger que représente le conducteur de la voiture au cas où il parviendrait à s'échapper. Portant ensuite son analyse sur la menace représentée au moment des faits par le conducteur en fuite, la Cour relève que les occupants du véhicule n'étaient nullement soupçonnés d'avoir commis une infraction à caractère violent. Il n'était pas davantage allégué que les passagers de cette voiture étaient armés ou s'apprêtaient à commettre une attaque terroriste. Sans minimiser la dangerosité et la détermination du conducteur du véhicule, la Cour relève que l'on ne saurait confondre le comportement des passagers du véhicule avec celui du conducteur, seul responsable de ces manœuvres dangereuses. En outre, au moment de l'ouverture du feu, la vie du militaire de la gendarmerie ou celle de ses collègues n'était plus menacée et le véhicule en fuite ne mettait pas immédiatement en danger d'autres usagers de la route. Partant, et alors même que les actions du conducteur étaient potentiellement dangereuses, la Cour de Strasbourg considère que « *le niveau de la menace n'exigeait pas que le véhicule soit immédiatement arrêté par des coups de feu potentiellement mortels* ». Faute d'être jugé « absolument nécessaire, le recours à la force meurtrière est en conséquence qualifié logiquement de violation substantielle du droit à la vie garanti par l'article 2 de la convention européenne des droits de l'Homme.

Déontologie et sécurité

Quand le silence de la Cour vaut acceptation

Soulignons pour conclure cette chronique estivale que l'appréciation de la Cour dans l'affaire Toubache contre France se limite à la seule question de la nécessité absolue du recours à la force meurtrière. C'est là une différence notable avec l'arrêt Guerdner contre France en date du 17 avril 2014. En effet, dans cette dernière affaire, les juges de Strasbourg avaient également eu à se prononcer sur la suffisance du cadre juridique français en termes de niveau de protection du droit à la vie requis dans une société démocratique. Le fondement juridique de l'usage des armes (en l'occurrence l'article 122-4 du Code pénal combiné avec l'article L. 2338-3 du Code de la défense tel que précisé par plusieurs circulaires successives en date respectivement des 30 août 1996, 7 mars 2006 et 2 février 2009) ayant été jugé à cette occasion compatible avec les exigences de l'article 2 de la convention européenne, la question de la pertinence du cadre juridique ne prêtait plus le flanc à la critique dans l'affaire Toubache. Il convient toutefois de remarquer que la Cour prend soin de relever à plusieurs reprises (§25 et §51) l'évolution législative consécutive à l'adoption récente de la loi n° 2017-258 relative à la sécurité publique du 28 février 2017. Postérieure aux faits litigieux de l'affaire Toubache, cette loi harmonise le régime juridique du recours à la force armée entre fonctionnaires de la police nationale et militaires de la gendarmerie tout en intégrant à travers un nouvel article L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure les principes jurisprudentiels tenant à l'absolue nécessité et à la stricte proportionnalité. En ne soufflant mot sur les éventuels excès de permissivité de cette réforme, la Cour européenne en valide implicitement le contenu au regard des

Déontologie et sécurité

exigences du droit à la vie garanti par l'article 2 CEDH. En définitive, c'est sans doute dans le non-dit de la Cour que se trouve le principal enseignement de l'arrêt Toubache contre France.

Droit de l'espace numérique

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

Les dispositions de la LPM relatives à la cyberdéfense

Promulguée le 13 juillet 2018, depuis l'hôtel de Brienne, lieu ô combien symbolique, la loi de programmation militaire¹ comprend dans son chapitre III plusieurs articles relatifs à la cyberdéfense qui viennent compléter le dispositif de la Loi de programmation militaire (LPM) du 18 décembre 2013. Elle renforce la sécurité des systèmes d'information les plus sensibles en autorisant la mise en place de dispositifs de détection de cyberattaques (1). Le renforcement des pouvoirs de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) s'accompagne d'un dispositif de contrôle mis en œuvre par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) (2). La loi prévoit enfin une irresponsabilité pénale pour les « cybercombattants » (3).

1. La mise en place de dispositifs de détection de cyberattaques

Cette nouvelle disposition vise d'une part à renforcer la résilience des systèmes d'information que les opérateurs de communications électroniques mettent à la disposition de leurs abonnés *via* leurs réseaux et, d'autre part, celle des systèmes d'information des autorités publiques et des OIV qui sont raccordés à ces

¹. Loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense.

Droit de l'espace numérique

opérateurs. Cette surveillance des réseaux est sans doute la plus porteuse de controverses, eu égard au débat déjà engagé lors de la LPM de 2013 et la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement. Les opposants évoquent la mise en place d'une DPI² (*deep packet inspection*) qui porte, selon eux, atteinte à la vie privée³.

La loi de programmation militaire 2014-2019 avait déjà introduit des dispositions relatives aux opérateurs d'importance vitale (OIV). Les articles L. 1332-6-1 à L. 1332-6-6 du Code de la défense permettent au Premier ministre de fixer les règles de sécurité nécessaires à la protection des systèmes d'information des OIV et des opérateurs publics et privés qui participent à ces systèmes.

Ainsi, l'article L. 1332-6-1 dispose qu'il peut être notamment prescrit que les opérateurs mettent en œuvre des systèmes qualifiés de détection des événements susceptibles d'affecter la sécurité de leurs systèmes d'information. Ces systèmes de détection sont exploités sur le territoire national par des prestataires de service qualifiés en matière de sécurité de systèmes d'information, par l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information ou par d'autres services de l'État désignés par le Premier ministre. Les qualifications des systèmes de détection et des prestataires de service exploitant ces systèmes sont délivrées par le Premier ministre. Le décret n° 2015-351 du 27 mars 2015 insère dans le Code de la défense les articles R. 1332-41-1 à R. 1332-41-23 qui en précisent les modalités. L'article L.2321-3 du Code de la défense, dans sa version initiale (art.24 de la LPM 2014-2019) dispose que les agents de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, habilités par le Premier ministre

2. Ce moyen permet d'analyser en temps réel le trafic réseau des internautes en opérant une inspection en profondeur des paquets TCP.

3. Les opposants considèrent qu'une telle mesure porte aussi atteinte à la neutralité du Net puisqu'elle permet de réduire la bande passante.

Droit de l'espace numérique

et assermentés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, peuvent obtenir des opérateurs de communications électroniques, en application du III de l'article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques, l'identité, l'adresse postale et l'adresse électronique d'utilisateurs ou de détenteurs de systèmes d'information vulnérables, menacés ou attaqués, afin de les alerter sur la vulnérabilité ou la compromission de leur système.

Mais depuis la première LPM est intervenue la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité qui a notamment procédé à la transposition dans le droit français de la directive européenne *Network and Information Security*⁴ (NIS). Cette loi (art. 5 à 9) permet au Premier ministre de prescrire des règles particulières de sécurité aux opérateurs publics ou privés (OSE) qui offrent des services essentiels au fonctionnement de la société ou de l'économie et dont la continuité pourrait être gravement affectée par des incidents touchant les réseaux et systèmes d'information nécessaires à la fourniture de ces services.

Art 5. Loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (directive NIS)

Les opérateurs, publics ou privés, offrant des services essentiels au fonctionnement de la société ou de l'économie et dont la continuité pourrait être gravement affectée par des

4. Directive (UE) 016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union.

Droit de l'espace numérique

incidents touchant les réseaux et systèmes d'information nécessaires à la fourniture desdits services sont soumis aux dispositions du présent chapitre. Ces opérateurs sont désignés par le Premier ministre. La liste de ces opérateurs est actualisée à intervalles réguliers et au moins tous les deux ans.

Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux opérateurs mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du Code de la défense, pour les systèmes d'information mentionnés au premier alinéa de l'article L. 1332-6-1 du même Code.

La nouvelle loi de programmation militaire (article 34) autorise la mise en place de dispositifs de détection des cyberattaques chez les opérateurs de communications électroniques. Selon l'article L. 32 du Code des postes et télécommunications électroniques, est un opérateur « *toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* ».

Comme le souligne la revue stratégique cybersécurité⁵, les opérateurs de communications électroniques « *ont un rôle clé à jouer dans la cybersécurité des opérateurs essentiels à l'économie et à la société* » et « *doivent donc être des partenaires majeurs de l'État dans la lutte contre la cybermenace* ». Ainsi est reconnue la contribution nécessaire des acteurs privés à la cybersécurité.

5. Revue stratégique cybersécurité, SGDSN, 12 février 2018.

Droit de l'espace numérique

Revue stratégique de cybersécurité, renforcer le rôle des opérateurs de communications électroniques

« Les opérateurs de communications électroniques qui, au travers de leurs réseaux, connectent les systèmes d'information de leurs clients au réseau mondial, et voient passer par leurs réseaux l'ensemble des flux, ont un rôle clé à jouer dans la cybersécurité des opérateurs essentiels à l'économie et à la société.

Les cyberattaques visant les systèmes de leurs clients peuvent en effet être détectées, bloquées, analysées et traitées au niveau des réseaux des opérateurs de communications électroniques. En outre, ces acteurs sont en mesure d'identifier et d'alerter les détenteurs de systèmes d'information vulnérables - par exemple, à partir des données techniques fournies par l'ANSSI, ce qui peut permettre de limiter drastiquement des effets d'une vague d'attaques informatiques. Les opérateurs de communications électroniques doivent donc être des partenaires majeurs de l'État dans la lutte contre la cybermenace.

Dans cette perspective, l'ANSSI a tissé de nombreux liens de partenariat avec ces opérateurs pour améliorer le niveau de cybersécurité de leurs réseaux, notamment au travers de conseils techniques et d'audit. Toutefois, compte tenu du développement de la cybermenace, un renforcement de la coopération de l'État avec les opérateurs de communications électroniques afin de renforcer l'utilisation de leurs réseaux à des fins de détection et de blocage des attaques, de prévention des incidents et d'alerte des victimes, éventuellement encadré par un nouveau cadre législatif, permettrait

Droit de l'espace numérique

d'améliorer sensiblement la cybersécurité de l'ensemble des acteurs ».

Deux hypothèses sont prévues : l'une, régie par le nouvel article L. 33-14 du Code des postes et des communications électroniques, instaure un régime facultatif, l'autre, plus contraignante, est définie par le nouvel article L. 2321-2-1 du Code de la défense. Dans les deux cas, il s'agit de prévenir en amont les cyberattaques.

1.1. Le dispositif facultatif

L'article L. 33-14 du Code des postes et des communications électroniques autorise les opérateurs, pour les besoins de la défense et de la sécurité de leurs systèmes d'information, à mettre en place des dispositifs capables d'effectuer des comparaisons en temps réel, de repérer la « signature » d'une cyberattaque, permettant, à partir de marqueurs techniques (*les caractéristiques des programmes malveillants utilisés par l'attaquant, les adresses IP de son infrastructure d'attaque ainsi que celles des victimes, l'URL de site Internet piégé, etc.*), de détecter les événements susceptibles d'affecter la sécurité des systèmes d'information de leurs abonnés. Ces marqueurs d'alerte sont issus de leurs propres constatations, comme ils peuvent être acquis auprès de d'éditeurs de solutions de sécurité ou être communiqués par l'ANSSI. Ils sont neutres par rapport au trafic ou aux données.

Telle est l'unique finalité de ce dispositif qui exclut tout accès aux contenus et tout blocage des flux de données.

Droit de l'espace numérique

Les opérateurs ont l'initiative de la mise en œuvre de ces marqueurs, ceci notamment pour éviter tout reproche de contrôle de masse de la part des services de l'État. Cette simple possibilité relève donc de leur seule responsabilité. La loi ne leur impose aucune obligation et n'est donc assortie d'aucune sanction. Toutefois, les opérateurs sont tenus d'informer l'ANSSI sans délai dès qu'un événement est détecté afin que soit connus les identifiants de l'attaque que l'agence répertorie dans un registre qui regroupe les données issues de l'ANSSI elle-même, des services de renseignement et des éditeurs privés de logiciels de sécurité informatique.

Art. L. 33-14 du Code des postes et communications électroniques (créé par la LPM 2019-2025)

« Pour les besoins de la sécurité et de la défense des systèmes d'information, les opérateurs de communications électroniques peuvent recourir, sur les réseaux de communications électroniques qu'ils exploitent, après en avoir informé l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, à des dispositifs mettant en œuvre des marqueurs techniques aux seules fins de détecter des événements susceptibles d'affecter la sécurité des systèmes d'information de leurs abonnés.

À la demande de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, lorsque celle-ci a connaissance d'une menace susceptible de porter atteinte à la sécurité des systèmes d'information, les opérateurs de communications électroniques ayant mis en œuvre les dispositifs prévus au premier alinéa précédent, aux fins de prévenir la menace, à leur exploitation, en recourant, le cas échéant, à des

Droit de l'espace numérique

marqueurs techniques que cette autorité leur fournit.

Par dérogation au II de l'article L. 34-1, les opérateurs de communications électroniques sont autorisés à conserver, pour une durée maximale de six mois, les données techniques strictement nécessaires à la caractérisation d'un événement détecté par les dispositifs mentionnés au premier alinéa du présent article. Les données recueillies dans le cadre de l'exploitation de ces dispositifs autres que celles directement utiles à la prévention et à la caractérisation des menaces sont immédiatement détruites.

Lorsque sont détectés des événements susceptibles d'affecter la sécurité des systèmes d'information, les opérateurs de communications électroniques en informent sans délai l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information.

À la demande de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, les opérateurs de communications électroniques informent leurs abonnés de la vulnérabilité de leurs systèmes d'information ou des atteintes qu'ils ont subies.

Les modalités d'application du présent article sont précisées par décret en Conseil d'État. Celui-ci détermine notamment les catégories de données pouvant être conservées par les opérateurs de communications électroniques ».

1.2. Le dispositif obligatoire

La mise en place de systèmes de détection peut également être une obligation, sur demande de l'ANSSI, en cas de menace susceptible de porter atteinte à la sécurité des systèmes

Droit de l'espace numérique

d'information des autorités publiques, des opérateurs d'importance vitale (OIV) mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du Code de la défense et des opérateurs protégés par la loi du 26 février 2018. L'agence peut installer de manière autoritaire ses propres moyens de détection (sondes, marqueurs) sur le réseau d'un opérateur de communications électroniques ou sur le système d'information d'un fournisseur d'accès ou d'un hébergeur.

L'article L. 2321-3 du Code de la défense, depuis la loi du 18 décembre 2013, permet déjà à l'ANSSI d'obtenir des opérateurs de communications électroniques, pour les seuls besoins de la sécurité des systèmes d'information de l'État et des OIV, l'identité, l'adresse postale et l'adresse électronique d'utilisateurs ou de détenteurs de systèmes d'information vulnérables, menacés ou attaqués, afin de les alerter. La loi autorise désormais les agents de l'ANSSI, habilités individuellement, informés de « l'existence d'un événement affectant la sécurité », d'obtenir les données techniques strictement nécessaires à l'analyse de cet événement. Ces données (adresses IP source et destination, type de protocole utilisé, métadonnées des sessions de navigation, nombre et taille des paquets échangés, etc.) ne peuvent être exploitées qu'aux seules fins de caractériser la menace affectant la sécurité de ces systèmes, à l'exclusion de toute autre exploitation. Les données recueillies pourront être conservées pendant une durée de dix ans, les parlementaires ayant estimé que les cinq ans prévus par le projet de loi étaient insuffisants pour avoir un recul nécessaire, surtout en raison de l'échelle de temps des menaces persistantes avancées (APT).

Un décret en Conseil d'État fixera les catégories de données que l'ANSSI pourra collecter et conserver.

Droit de l'espace numérique

Art. L. 2321-3 du Code de la défense (créé par la LPM du 18 décembre 2013 modifié par la LPM 2019-2025)

« Pour les besoins de la sécurité des systèmes d'information des autorités publiques, des opérateurs mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 et des opérateurs mentionnés à l'article 5 de la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité, les agents de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, habilités par le Premier ministre et assermentés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, peuvent obtenir des opérateurs de communications électroniques, en application du III de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, l'identité, l'adresse postale et l'adresse électronique d'utilisateurs ou de détenteurs de systèmes d'information vulnérables, menacés ou attaqués, afin de les alerter sur la vulnérabilité ou l'atteinte de leur système.

Lorsque l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information est informée, en application de l'article L. 33-14 du même code, de l'existence d'un événement affectant la sécurité des systèmes d'information d'une autorité publique ou d'un opérateur mentionné aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du présent code ou d'un opérateur mentionné à l'article 5 de la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité, les agents mentionnés au premier alinéa du présent article peuvent obtenir des opérateurs de communications électroniques les données techniques

Droit de l'espace numérique

strictement nécessaires à l'analyse de cet événement. Ces données ne peuvent être exploitées qu'aux seules fins de caractériser la menace affectant la sécurité de ces systèmes, à l'exclusion de toute autre exploitation.

Les surcoûts identifiables et spécifiques des prestations assurées par les opérateurs de communications électroniques à la demande de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information en application du premier alinéa du présent article sont compensés selon les modalités prévues au III de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques ».

L'obligation est assortie d'une sanction pénale en cas de manquement. L'article L. 2321-2-2 du Code de la défense punit d'une amende de 150 000 € le fait, pour un opérateur de communications électroniques ou ses agents ou pour une personne mentionnée au premier alinéa de l'article L. 2321-2-1, de faire obstacle à la mise en œuvre, par l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, des dispositifs mentionnés au même premier alinéa. Les personnes physiques coupables de cette infraction encourent également l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Art. L. 2321-2-1. du Code de la défense (créé par la LPM 2014-2019)

« Lorsqu'elle a connaissance d'une menace susceptible de porter atteinte à la sécurité des systèmes d'information des

Droit de l'espace numérique

autorités publiques, des opérateurs mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 ou des opérateurs mentionnés à l'article 5 de la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité, l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information peut mettre en œuvre, sur le réseau d'un opérateur de communications électroniques ou sur le système d'information d'une personne mentionnée aux 1 ou 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, des dispositifs mettant en œuvre des marqueurs techniques aux seules fins de détecter des événements susceptibles d'affecter la sécurité des systèmes d'information des autorités publiques et opérateurs mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du présent code ou à l'article 5 de la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 précitée. Ces dispositifs sont mis en œuvre pour la durée et dans la mesure strictement nécessaires à la caractérisation de la menace.

« Les agents de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information individuellement désignés et spécialement habilités sont autorisés, aux seules fins de prévenir et de caractériser la menace affectant les systèmes d'information des autorités publiques ou des opérateurs mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du présent code ou des opérateurs mentionnés à l'article 5 de la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 précitée, à procéder au recueil et à l'analyse des seules données techniques pertinentes, à l'exclusion de toute autre exploitation.

Droit de l'espace numérique

Les données techniques recueillies directement par l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information en application du premier alinéa du présent article ou obtenues en application du deuxième alinéa de l'article L. 2321-3 ne peuvent être conservées plus de dix ans.

Les données recueillies autres que celles directement utiles à la prévention et à la caractérisation des menaces sont immédiatement détruites.

Un décret en Conseil d'État définit les modalités d'application du présent article ».

Art. L. 2321-2-2 du Code de la défense

« Est puni de 150 000 € d'amende le fait, pour un opérateur de communications électroniques ou ses agents ou pour une personne mentionnée au premier alinéa de l'article L. 2321-2-1, de faire obstacle à la mise en œuvre, par l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, des dispositifs mentionnés au même premier alinéa.

Les personnes physiques coupables de cette infraction encourent également l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

Parce qu'il y a atteinte à la vie privée, le législateur a voulu encadrer la mesure en veillant à la proportionnalité des pouvoirs de l'ANSSI au but poursuivi par un contrôle de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), lorsque la détection est imposée. Nul doute, en effet, que l'analyse des flux oblige à entrer dans les contenus, même si

Droit de l'espace numérique

ces derniers ne sont pas l'objet de la démarche. Celle-ci ne doit pas être assimilée à celle des services de renseignement, ce qui exclut la compétence de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) et le recours devant la formation spécialisée du Conseil d'État⁶.

2. Le contrôle de l'ANSSI par l'ARCEP

L'article L. 36-7 (12°) nouveau du Code des postes et communications électroniques attribue des pouvoirs de contrôle à l'ARCEP. La formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction est chargée, en application du nouvel article L. 2321-5 du Code de la défense, de veiller au respect par l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information des conditions de mise en œuvre des marqueurs (article L. 2321-2-1) et du recueil des données (article L. 2321-3 alinéa 2). En vertu de l'article L.36-14 du Code des postes et communications électroniques, l'ANSSI doit informer l'ARCEP des mesures qu'elle prend de manière autoritaire, l'autorité administrative indépendante disposant d'un droit d'accès permanent aux données recueillies et aux dispositifs de traçabilité.

Si nécessaire, l'ARCEP peut adresser à l'ANSSI des recommandations, voire des injonctions, afin d'interrompre les opérations ou de détruire les données recueillies. Son président peut saisir le Conseil d'État d'un recours lorsque l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information ne se conforme pas à une

⁶. Cette formation intervient dans les litiges relatifs à l'utilisation des techniques de recueil de renseignements et pour l'exercice du droit d'accès indirect aux fichiers de renseignement.

Droit de l'espace numérique

injonction qui lui est adressée.

Art. L. 2321-5 du Code de la défense (créé par la LPM du 2019-2025)

« L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est chargée de veiller au respect par l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information des conditions d'application de l'article L. 2321-2-1 et du deuxième alinéa de l'article L. 2321-3 ».

3. La protection pénale du « cybercombattant »

Le droit positif consacre déjà une irresponsabilité pénale reconnue à certains acteurs étatiques. Des actes qui seraient normalement passibles de poursuites pénales au titre de la loi Godfrain (art. 323-1 et suivants du Code pénal) font l'objet de dispositions législatives qui, dans des circonstances ou pour des finalités particulières, écartent la responsabilité des services ou des agents. Sont déjà ainsi protégés les agents des services de renseignement appartenant au « premier cercle » et les services étatiques qui agissent dans le cadre de la cyberdéfense. La loi de programmation militaire 2019-2025 ajoute l'irresponsabilité pénale du cybercombattant.

Droit de l'espace numérique

3.1. L'irresponsabilité pénale des agents des services de renseignement du « premier cercle »

L'article 323-8 du Code pénal, créé par la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement, dispose que n'est pas pénalement responsable des infractions commises sur des systèmes de traitement automatisés de données, prévues par les articles 323-1 à 323-7 du code pénal, l'agent des services spécialisés de renseignement mentionnés à l'article L.811-2 du Code de la sécurité intérieure (CSI) qui agit pour assurer, hors du territoire national, la protection des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L. 811-3 du même Code. Les services sont limitativement fixés par le décret du 28 septembre 2015⁷ : Direction générale des services extérieurs (DGSE), Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), Direction du renseignement militaire (DRM), Direction du renseignement et de la sécurité de défense (DRSD), Direction nationale des recherches et enquêtes douanières (DNRED) et le service du traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN). Ne sont pas concernés les services de police, les unités de gendarmerie et les services de l'administration pénitentiaire qui relèvent du « deuxième cercle » (art. 811-4 CSI). Cette exclusion s'explique par le fait que l'irresponsabilité pénale ne couvre que les faits commis hors du territoire national. S'agissant des objectifs visés, ils sont énoncés par l'article 811-3 que ne donne pas la même définition des intérêts fondamentaux de la Nation que l'article 410-1 du Code pénal. Comprenez qui pourra !

⁷. Décret n° 2015-1185 du 28 septembre 2015 portant désignation des services spécialisés dans le renseignement.

Droit de l'espace numérique

Art. 323-8 du Code pénal (créé par la loi du 24 juillet 2015 - art. 18)

« Le présent chapitre n'est pas applicable aux mesures mises en œuvre, par les agents habilités des services de l'État désignés par le Premier ministre, parmi les services spécialisés de renseignement mentionnés à l'article L.811-2 du code de la sécurité intérieure, pour assurer hors du territoire national la protection des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L. 811-3 du même code ».

3.2. L'irresponsabilité des services étatiques agissant dans le cadre de la cyberdéfense

S'agissant des actions liées à la cyberdéfense, la loi autorise plus qu'elle ne crée d'irresponsabilité. L'article L. 2321-2 du Code de la défense (créé par l'article 21 de la loi de programmation militaire 2014-2019) porte sur les services de l'État et non sur les personnes physiques qui servent dans leurs rangs. Il va de soi que les agents de ces services sont indirectement protégés par l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime (art. 112-4 CP). Sont concernés les services, désignés par l'arrêté du 7 juillet 2015, qui, dans les conditions fixées par le Premier ministre, « répondent à une attaque informatique » visant les systèmes d'information affectant le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la Nation. Sans précision de la loi, on imagine aisément qu'il s'agit des systèmes intéressant la défense et la sécurité et plus généralement

Droit de l'espace numérique

des systèmes critiques des opérateurs d'importance vitale, civils ou militaires. L'application de cet article est précisée dans une instruction classifiée du 7 mars 2016 qui confie à l'ANSSI la coordination des services concernés. Toutefois, lorsque l'attaque vise les moyens de la défense, la mission est exercée par le Commandement de cyberdéfense (COMCYBER)⁸.

Les services désignés par le Premier ministre peuvent procéder aux opérations techniques nécessaires à la caractérisation de l'attaque et à la neutralisation de ses effets en accédant aux systèmes d'information qui en sont à l'origine. Accéder signifie pénétrer, se maintenir, bien évidemment sans accord du « maître du système ». Cette exonération ne concerne que la réponse à une attaque et non des actions préventives ou préemptives qui relèvent d'une cyberdéfense très « offensive » que la loi ne couvrirait pas jusqu'à la LPM 2019-2025.

Art. L. 2321-2 du Code de la défense (créé par l'article 21 de la LPM 2014-2019)

« Pour répondre à une attaque informatique qui vise les systèmes d'information affectant le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la Nation, les services de l'État peuvent, dans les conditions fixées par le Premier ministre, procéder aux opérations techniques nécessaires à la caractérisation de l'attaque et à la neutralisation de ses effets en accédant aux systèmes d'information qui sont à l'origine de l'attaque.

Pour être en mesure de répondre aux attaques mentionnées au

⁸. COMCYBER, créé par l'arrêté du 4 mai 2017. Il dispose d'une autorité fonctionnelle sur les unités spécialisées en cyberdéfense relevant des armées et des organismes interarmées (3 000 « combattants numériques » en 2009, 4 000 au terme de la LPM).

Droit de l'espace numérique

premier alinéa, les services de l'État déterminés par le Premier ministre peuvent détenir des équipements, des programmes informatiques et toutes données susceptibles de permettre la réalisation d'une ou plusieurs des infractions prévues aux articles 323-1 à 323-3 du code pénal en vue d'analyser leur conception et d'observer leur fonctionnement ».

Arrêté du 7 juillet 2015 déterminant les services de l'État mentionnés au second alinéa de l'article L.2321-2 du Code de la défense

Article 1 : « Les services de l'État mentionnés au second alinéa de l'article L.2321-2 du code de la défense sont :

- 1° parmi les services relevant du Premier ministre : l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information ;
 - 2° Parmi les services relevant du ministre de la défense : le service du commandement opérationnel de cyberdéfense de l'État-major des armées, la direction technique de la direction générale de l'armement et la direction technique de la direction générale de la sécurité extérieure ;
 - 3° Parmi les services relevant du ministre de l'intérieur : le service du haut fonctionnaire de défense et la direction technique de la direction générale de la sécurité extérieure.
- [...] »

Pour être également en mesure de répondre aux attaques mentionnées au premier alinéa, les services de l'État déterminés par le Premier ministre peuvent détenir des équipements, des programmes informatiques et toute donnée susceptibles de permettre la réalisation d'une ou plusieurs des infractions

Droit de l'espace numérique

prévues aux articles 323-1 à 323-3 du Code pénal en vue d'analyser leur conception et d'observer leur fonctionnement. Sans cette autorisation, l'article 323-3-1 du Code pénal (créé par art. 34 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique) sanctionnerait le fait, sans motif légitime, notamment de recherche ou de sécurité informatique, d'importer, de détenir un programme informatique ou toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3⁹. Compte tenu de la montée en puissance de la cyberdéfense, il est indispensable d'écarter la responsabilité pénale des policiers, gendarmes, membres des armées, ingénieurs, experts, etc. appelés à utiliser ces moyens pour comprendre les attaques, voire pour mener, dans le cadre de la stratégie de cyberdéfense, une action plus « offensive ».

Art. 323-3-1 du Code pénal (créé par art.34 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique)

« Le fait, sans motif légitime, notamment de recherche ou de sécurité informatique, d'importer, de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition un instrument, un programme informatique ou toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3 est puni des peines prévues

⁹ La Cour de cassation retient l'intention coupable d'un individu ne pouvant ignorer, en raison de son expertise, qu'il diffuse sur le portail interne, accessible à tous, d'une société, dont il est le gérant, des informations présentant un risque d'utilisation à des fins de piratage par un public particulier en recherche de ce type de déviance. Cass.crim., n° 09-82.346, 27 octobre 2009, Bulletin criminel 2009, n° 177.

Droit de l'espace numérique

respectivement pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée ».

On s'étonnera du positionnement de l'article L. 2321-2 dans le Code de la défense sous prétexte qu'il est issu de la LPM. La « dispersion législative » est de nature à priver la loi Godfrain de sa cohérence.

3.3. La protection pénale du « cybercombattant »

Dans le cas désormais pris en compte par la nouvelle LPM, il ne s'agit plus de réagir à une cyberattaque mais d'agir dans le cas d'une opération militaire.

Le principe (relatif) de l'irresponsabilité pénale des militaires a été posé par la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires. Il a été complété par l'article 31 de la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 de programmation militaire (2014-2019), tenant compte de l'effet des mises en examen faisant suite aux conséquences de l'embuscade d'Uzbin.

La loi s'applique aux actions extérieures au territoire national. Sa version issue de la précédente LPM comprend une énumération de la nature des opérations spécifiques pouvant être conduites. La nouvelle LPM ajoute les « actions numériques » qui, selon la Revue stratégique de défense et de sécurité nationale (2017) consistent à « combattre, de façon défensive ou offensive dans l'ensemble du milieu numérique, contre des adversaires étatiques ou non ».

Dès lors que leur action s'inscrit dans une opération militaire, dont les effets se manifestent hors du territoire, les militaires

Droit de l'espace numérique

relevant du Commandement de la cyberdéfense, sont protégés par la loi, même s'ils agissent depuis le territoire national. Ils doivent toutefois respecter le droit international, en particulier le droit des conflits armés et sa déclinaison humanitaire. Par cet ajout, le législateur entend prémunir des militaires, dont le nombre va croître pendant la durée de la LPM, contre toute interprétation restrictive par les juridictions répressives. L'emploi du « cyber dans la guerre » est aujourd'hui généralisé, toute opération ayant une composante numérique. Par ses conséquences, il peut être assimilé à une mesure de coercition ou à un usage de la force armée.

Art. L. 4123-12 du Code de la défense (modifié par la loi de programmation militaire 2019-2025)

« I. - [...] »

II. - N'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises, quels que soient son objet, sa durée ou son ampleur, y compris les actions numériques, la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police en haute mer, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'exercice de sa mission ».

Actualité pénale

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

OBLIGATION DE MOTIVATION – EXTENSION À LA PEINE EN MATIÈRE CONTRAVENTIONNELLE

Crim. 30 mai 2018, n° 16-85777, publ. Bull. à venir

Une personne a été interceptée à proximité d'un rond-point et a fait l'objet d'un procès-verbal de contravention pour conduite d'un véhicule à une vitesse excessive eu égard aux circonstances. Poursuivie devant la juridiction de proximité, elle a été condamnée à une amende contraventionnelle de 135 €. Une espèce relativement banale et courante permet à la Cour de cassation d'apporter des précisions sur deux principes majeurs du droit pénal.

Il est reproché à l'individu d'avoir conduit un véhicule à une vitesse excessive et d'avoir omis de rester maître de sa vitesse ou de la régler en fonction de l'état de la chaussée, des difficultés de la circulation ou des obstacles prévisibles. En effet, le contrevenant a pris le rond-point de Leclerc à vive allure en direction du rond-point de la gare, alors que, selon le juge de proximité, « il devait ralentir suffisamment en arrivant sur le rond-point afin de vérifier les conditions de circulation et être en mesure de s'arrêter si le passage n'était pas libre, ce rond-point se trouvant bordé d'habitations et d'un supermarché Leclerc ». Ayant reconnu sa vitesse excessive, la juridiction de proximité peut se fonder sur cet ensemble pour entrer en voie de condamnation. Le premier moyen du pourvoi qui conteste les faits est rejeté.

Le second moyen ne prospère pas judiciairement, mais apporte des précisions essentielles du point de vue des principes

Actualité pénale

généraux du droit pénal. Si l'attention des commentateurs a été retenue par la première affirmation de la Cour de cassation, la seconde n'en revêt pas moins d'importance.

En premier lieu, la Cour de cassation réaffirme l'obligation de motivation de la peine faite au juge et précise son étendue. La juridiction de proximité avait prononcé une amende de 135 € à l'égard du contrevenant. Le pourvoi critique l'application de la peine au regard du Code pénal et des principes généraux du droit.

D'une part, la juridiction de proximité a prononcé la peine d'amende prévue à l'article R. 413-17 du Code de la route IV qui prévoit une amende de quatrième classe pour le fait, « pour tout conducteur, de ne pas rester maître de sa vitesse ou de ne pas la réduire dans les cas prévus » précédemment au II, plus particulièrement dans « les sections de routes étroites ou encombrées ou bordées d'habitations » et « à l'approche des sommets de côtes et des intersections où la visibilité n'est pas assurée ». Le prononcé de la peine, régi par l'article 132-1 du Code pénal, fait obligation au juge pénal d'individualiser « toute peine ». Soumis au principe de légalité pénale, la juridiction « détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 ». Le juge doit faire ainsi une double appréciation en tenant compte, à la fois, des éléments personnels existants (la situation personnelle, matérielle et sociale de l'individu) et du but recherché, autant du point de vue de la société (rétribution, intimidation, restauration) que de l'individu lui-même (la resocialisation). L'article 132-20, alinéa 2, pose des règles spécifiques

Actualité pénale

à la peine d'amende qui doit être déterminée « en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction », sans spécifier la nature de l'amende du point de vue de la classification tripartite des infractions. L'alinéa 3 prévoit la règle particulière de la majoration de l'amende s'appliquant à toute peine de cette nature, nonobstant sa nature « contraventionnelle, correctionnelle et criminelle », exception faite des amendes forfaitaires.

La Chambre criminelle complète le visa par des articles du Code de procédure pénale. En premier lieu, l'article 591 ne permet que la cassation pour violation de la loi des décisions rendues en dernier ressort, lorsqu'elles sont adoptées dans les formes prescrites par la loi. S'ajoute l'article 593 qui exige que les arrêts et les jugements en dernier ressort contiennent des motifs et que ces derniers ne soient pas insuffisants et « ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif ». Mais les motifs exploitent aussi l'article 485 énonçant la structure du jugement qui doit nécessairement comporter un dispositif et des « motifs » qui « constituent la base de la décision », ainsi que l'article 543 qui applique au tribunal de police les règles relatives à la forme des jugements.

Évidemment, aussi bien les articles du Code pénal que ceux du Code de procédure pénale s'inscrivent sous l'égide de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme garantissant le procès équitable et accordent une protection très étendue aux droits et libertés individuels.

Cependant, la jurisprudence a interprété le dispositif comme laissant au juge pénal une faculté discrétionnaire dont il ne doit aucun compte dans l'application de la peine (Crim. 5 octobre 1977, Bull. Crim. n° 291). Il en ressortait que « les juges ne sont

Actualité pénale

pas tenus de motiver spécialement le choix de la sanction qu'ils prononcent dans les limites légales », autant en matière correctionnelle (Crim. 9 mars 2016, n° 14-85848) que criminelle (Crim. 10 février 2016, n° 15-80622). Si la solution semblait acquise, elle a été remise en cause spécifiquement en matière correctionnelle par trois arrêts, rendus par la Chambre criminelle le même jour pour plus de solennité, qui exigent que « toute peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle » (Crim. 1^{er} février 2017, n° 15-85199, n° 15-84511) et précisent que le juge qui prononce une peine d'amende doit spécifiquement tenir « compte des ressources et des charges » de la personne condamnée. Cependant, l'obligation de motivation de la peine ne s'appliquait ni en matière criminelle (Crim. 8 février 2017, n° 16-80389 « en cas de condamnation par la cour d'assises, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui l'ont convaincue de la culpabilité de l'accusé ; qu'en l'absence d'autre disposition légale le prévoyant, la cour et le jury ne doivent pas motiver le choix de la peine qu'ils prononcent ») ni en matière contraventionnelle (Crim. 30 janvier 2018, n° 17-80878, « si les juges, en prononçant une peine d'amende pour une contravention ont fait usage d'une faculté qu'ils tiennent de la loi, une peine d'amende correctionnelle ne peut être prononcée qu'en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction »). L'obligation de motivation de la peine est devenue une exigence spécifique en matière correctionnelle, contrairement à l'obligation de motivation de la culpabilité qui est une obligation générale s'appliquant sans distinction du point de vue de la classification tripartite des infractions.

Actualité pénale

Le Conseil constitutionnel est venu apporter une pierre supplémentaire à l'édifice de la motivation dans sa décision du 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, relative à la motivation des arrêts de la Cour d'assises. Si l'article 365-1 du Code de procédure pénale créé par la loi du 10 août 2011 a déjà été examiné de manière favorable par le Conseil constitutionnel lors de l'adoption de la loi, la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines doit être considérée comme constituant un changement de circonstances remplissant ainsi les conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité et autorisant le réexamen du dispositif. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen contient le principe d'individualisation des peines qui « implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce ». Le Conseil constitutionnel en déduit que les exigences constitutionnelles « imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine ». Dans le cas précis de la procédure criminelle, le Code de procédure pénale impose littéralement la motivation sur la culpabilité reposant sur les éléments à charge qui ont convaincu les juges. Plus encore, le Conseil relève qu'il « résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que l'article 365-1 du code de procédure pénale interdit la motivation par la cour d'assises de la peine qu'elle prononce ». La déclaration d'inconstitutionnalité en devient quasi automatique puisqu'en « n'imposant pas à la cour d'assises de motiver le choix de la peine, le législateur a méconnu les exigences tirées des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 ». La décision du Conseil constitutionnel appelle des observations majeures puisqu'elle pose une obligation générale de motivation à tous points de vue. D'une part, le juge doit motiver sa décision

Actualité pénale

autant sur la culpabilité que la peine. D'autre part, l'obligation lui est imposée en droit pénal, sans égard pour la nature tripartite de l'infraction. De plus, il doit motiver toutes les peines de même nature, sans égard pour leur nature privative ou restrictive de droit. Enfin, l'obligation de motivation vaut à l'égard de toutes les personnes poursuivies, qu'il s'agisse des personnes physiques ou morales (Crim. 3 mai 2018, n° 17-82098, publ. Bull. à venir : le juge a pris en compte les ressources et les charges des sociétés poursuivies afin de fixer le montant de l'amende - « il résulte que les ressources et les charges des sociétés prévenues étaient constituées du produit des infractions poursuivies »).

La décision du 30 mai 2018 s'inscrit dans la logique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'un point de vue de l'apparence et de l'analyse juridique. Tout d'abord, si le visa fait référence exclusivement aux articles nationaux et européens applicables, dans ses motifs, la Chambre criminelle renvoie expressément aux « principes constitutionnels tels que dégagés dans la décision n°2017-694 QPC du 2 mars 2018 ». La Cour de cassation assume la référence à l'interprétation constitutionnelle comme source de loi, se conformant à la règle selon laquelle les décisions du Conseil constitutionnel ont autorité dans leur dispositif, aussi bien que dans leurs motifs. Ensuite, d'un point de vue juridique, la Chambre criminelle étend l'obligation de motivation de la peine à la matière contraventionnelle. Si cette obligation est devenue la règle en matière correctionnelle et que le Conseil constitutionnel l'a étendue expressément à la matière criminelle en la faisant reposer sur le principe constitutionnel d'individualisation de la peine qui est général, les contraventions ne pouvaient être exclues de cette garantie. Ainsi, toutes les infractions,

Actualité pénale

des plus graves au moins graves, donnent lieu à une obligation de motivation de la culpabilité et de la peine. Conformément aux attentes et prenant le contre-pied de sa jurisprudence traditionnelle, la Chambre criminelle opère un revirement en affirmant que « cette obligation de motivation s'applique en matière contraventionnelle », puisque les articles 132-1 et 132-20 n'opèrent pas de distinction du point de vue de la nature tripartite de l'infraction. L'affirmation du principe par la voie du revirement de jurisprudence pose la question de son application à l'espèce.

En second lieu, l'arrêt pose la question intéressante de l'application de la nouvelle obligation de motivation de la peine à l'égard du contrevenant qui est en cause dans l'arrêt le prononçant. Il est important de rappeler les principes devant s'appliquer dans ce cas. En droit français, les arrêts ne valent que pour le procès en cours (article 5 du Code civil applicable à la matière pénale aussi), ce qui implique que la solution devrait toujours s'appliquer à l'individu poursuivi ou condamné. Néanmoins, des réserves ont été émises, à la fois par la jurisprudence et par la doctrine, sur l'application rétroactive des revirements de jurisprudence défavorables aux personnes poursuivies. Après l'arrêt Pessino contre France (CEDH 10 octobre 2006), où la Cour européenne des droits de l'Homme interdit la rétroactivité des revirements de jurisprudence défavorables qui ne seraient pas prévisibles, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation (21 décembre 2006) a consacré le revirement prospectif qui ne s'applique qu'aux situations juridiques nées après son adoption. La Chambre criminelle de la Cour de cassation y est plus défavorable en essayant de contourner la question. Ainsi, dans l'arrêt de réexamen de l'affaire Pessino (Assemblée Plénière 13 février

Actualité pénale

2009), la Chambre criminelle ne s'est nullement penchée sur l'application des revirements de jurisprudence dans le temps, mais sur le principe d'interprétation stricte des textes. Il convient de remarquer que dans un arrêt récent (Crim. 2 février 2016, n° 15-84356), la Chambre criminelle a affirmé « le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle ». Cependant, l'arrêt ne bénéficie pas d'une publication, alors même qu'il a été rendu dans l'affaire célèbre du Mediator, ce qui ne lui permet pas d'être considéré comme un arrêt de référence.

La difficulté de l'application des revirements de jurisprudence dans le temps pose en filigrane la question du principe de légalité criminelle et des sources admises en droit pénal. S'il est incontestable que la loi n'est plus l'unique source du droit pénal et que le concept de norme est plus large et englobant, la question se pose de savoir si la jurisprudence peut ou doit acquérir la même valeur que la loi. La Cour européenne tend à une assimilation, fruit de l'harmonisation des règles issues des systèmes de *common-law* et de *civil-law*, alors que le droit français reste encore attaché à une conception stricte et matérielle de la légalité pénale. Si la jurisprudence était assimilée à la loi, il conviendrait de lui appliquer les mêmes règles du point de vue de l'application dans le temps. En cas contraire, l'article 5 trouve son plein effet, la solution s'applique à l'espèce sans considération sur la jurisprudence dans laquelle elle s'inscrit.

La décision du 30 mai 2018 est très intéressante à cet égard, car, si elle fait droit à l'analyse juridique proposée par le pourvoi, elle ne prononce pas de cassation pour autant, donc ne lui permet pas d'en tirer le bénéfice immédiat et concret.

La Chambre criminelle commence par constater que les dispositions critiquées ont trait à la procédure. En se référant à

Actualité pénale

« l'objectif, reconnu par le Conseil constitutionnel, d'une bonne administration de la justice, [qui] commande que la nouvelle interprétation qui en est donnée n'ait pas d'effet rétroactif, de sorte qu'elle ne s'appliquera qu'aux décisions prononcées à compter du présent arrêt », le contrevenant ne peut en bénéficier en l'espèce. L'analyse proposée par la Chambre criminelle pose trois questions.

D'une part, la Chambre criminelle énonce une règle spécifique aux « textes de procédure ». Si la structure de la décision de justice comprenant le dispositif et les motifs en constituant « la base » est fixée par le Code de procédure pénale, l'obligation d'individualisation de la peine qui se traduit par une motivation se fonde sur le Code pénal lui-même et appartient, par nature, au droit pénal substantiel. D'ailleurs, le visa repose, en premier lieu, sur les articles du Code pénal.

D'autre part, la Cour de cassation fonde sa décision d'application des décisions dans le temps non pas sur le texte lui-même, mais sur « l'objectif, reconnu par le Conseil constitutionnel ». L'interprétation constitutionnelle dessine les contours des principes et fait corps avec eux. Mais la Cour ne fait plus référence au principe lui-même mais à son interprétation prétorienne, ce qui est notable du point de vue de la légalité pénale qui reçoit ici une acception matérielle et nullement formelle.

Enfin, la Cour de cassation s'arroge le droit de moduler l'effet des décisions qu'elle prend, dans le sillage du Conseil constitutionnel. En effet, ce dernier, dans sa décision du 2 mars 2018, a décidé de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. « En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les

Actualité pénale

instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ». Par conséquent, le Conseil constitutionnel a décidé de reporter l'abrogation au 1^{er} mars 2019, afin d'éviter les conséquences excessives que l'application immédiate entraînerait et de laisser au législateur le temps de remédier à l'inconstitutionnalité. En revanche, la protection supplémentaire accordée aux justiciables doit s'appliquer immédiatement, raison pour laquelle « pour les arrêts de cour d'assises rendus à l'issue d'un procès ouvert après cette date, (...) les dispositions du deuxième alinéa de l'article 365-1 du code de procédure pénale doivent être interprétées comme imposant également à la cour d'assises d'énoncer, dans la feuille de motivation, les principaux éléments l'ayant convaincue dans le choix de la peine ».

Dans cette même logique, la Chambre criminelle décide « que la nouvelle interprétation qui en est donnée n'ait pas d'effet rétroactif, de sorte qu'elle ne s'appliquera qu'aux décisions prononcées à compter du présent arrêt », suscitant deux réflexions. D'une part, si la disposition relève de la procédure, elle est soumise au principe d'application immédiate et son application rétroactive ou ses effets plus ou moins favorables sur la situation de la personne poursuivie ne doivent pas être pris en compte. D'autre part, la modulation de l'application des revirements de jurisprudence dans le temps procède à une application générale des mêmes règles aux normes, comprenant à la fois les textes et leur interprétation jurisprudentielle. Suscitant un renouvellement du concept de légalité pénale, cette analyse juridique est

Actualité pénale

conforme à l'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'Homme, mais s'éloigne considérablement de la conception traditionnelle du droit français. Si elle s'explique par la volonté d'assurer une meilleure protection des libertés fondamentales, elle exige une certitude et une prévisibilité de la règle de droit. Il est possible de remarquer que l'édifice juridique repose ici sur « l'objectif [...] d'une bonne administration de la justice » qui présente deux caractères essentiels – constitutionnel (« reconnu par le Conseil constitutionnel ») et impératif (« commande »), ne laissant aucune marge d'appréciation au juge pénal. Néanmoins, ce principe n'est pas défini.

La référence à « une bonne administration de la justice » dans ce cadre rappelle d'autres arrêts célèbres de la Cour de cassation. Après les décisions d'inconstitutionnalité à effet différé (Conseil constitutionnel 6 août 2010) et d'inconventionnalité (CEDH 14 octobre 2010, BRUSCO contre France) du régime juridique de la garde à vue, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, par trois arrêts rendus en formation plénière le 19 octobre 2010 (n° 10-82902, n° 10-82306, n° 10-82051), a décidé « de différer l'application des règles nouvelles en prévoyant qu'elles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant modifier le régime de la garde à vue ou, au plus tard, le 1er juillet 2011 », « les règles nouvelles ne s'appliquent donc pas aux gardes à vue antérieures à cette échéance ». Cette solution est justifiée par le « but de sauvegarder la sécurité juridique, principe nécessairement inhérent au droit de la Convention européenne des droits de l'homme » et « la mise en oeuvre de l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est la bonne administration de la justice, laquelle exige que soit évitée une application erratique, due à l'impréparation, de règles nouvelles de procédure » (citations extraites du communiqué officiel de la Cour de cassation

Actualité pénale

accompagnant l'arrêt, procédure réservée aux décisions les plus importantes). Ainsi, la Cour de cassation avait pu éviter la multiplication des recours mettant en cause la régularité des gardes à vue qui auraient destabilisé les procédures en cours et le fonctionnement des juridictions.

Cette même inspiration se trouve dans l'arrêt du 30 mai 2018. Les peines contraventionnelles ne sont pas motivées par le juge pénal en vertu de la jurisprudence traditionnelle constante de la Chambre criminelle. La nouvelle obligation de motivation conduirait à de multiples cassations de tous les pourvois fondés sur cette critique. La modulation dans le temps évite la multiplication des pourvois et des cassations fondés sur cet argument. Mais la démonstration ne serait pas complète sans rappeler que dans le cadre de la garde à vue, la Cour de cassation était revenue sur la modulation de l'application de sa jurisprudence dans le temps. Par quatre arrêts rendus le 15 avril 2011 (arrêts n° 589, n° 590, n° 591, n° 592 et pourvois n° 10-17049, n° 10-30313, n° 10-30316, n° 10-30242), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est revenue sur son appréciation juridique et a considéré que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation », ce qui conduit à une application immédiate de toutes les décisions constatant la non-conformité d'une législation nationale aux exigences issues de la Convention européenne. « Les droits garantis par la Convention devant être effectifs et concrets, le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable » (citations extraites du communiqué officiel de la Cour

Actualité pénale

de cassation sur ces quatre arrêts). La Chambre criminelle a tiré les conséquences utiles de cette analyse et a ainsi prononcé la nullité des mesures de garde à vue prises avant la loi du 14 avril 2011 sur le fondement de leur inconventionnalité, s'écartant de la position qu'elle avait précédemment adoptée dans ses arrêts du 19 octobre 2011 (Crim. 31 mai 2011, Bull. n° 114, 116). Il est possible de remarquer que si la Chambre criminelle module l'application dans le temps de ses revirements en fonction de l'objectif de bonne administration de la justice, ce dernier ne résiste pas à l'épreuve de la conventionnalité et doit céder devant les exigences des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sauvegardées par les textes européens. C'est la raison pour laquelle la Chambre criminelle de la Cour de cassation double la protection de la décision prise par les juges du fond par un autre argument.

La Chambre criminelle affirme que « le demandeur ne saurait se faire un grief de ce que le jugement attaqué ne contient aucun motif relatif à l'amende de 135 euros prononcée, dès lors que celle-ci correspond à l'amende forfaitaire qui aurait été due si l'intéressé n'avait pas formulé de requête en exonération et ne pouvait, en application de l'article 530-1 du code de procédure pénale, être inférieure », donnant une nouvelle indication quant à l'application de l'obligation de motivation de la peine d'amende en matière contraventionnelle. Cette obligation intervient pour les amendes contraventionnelles, sauf exception légale. L'amende forfaitaire permet d'appliquer la peine de manière automatique, sans individualisation, que ce soit du point de vue des circonstances de l'infraction ou de la situation de l'individu. Si l'article 530-1 permet au contrevenant de contester l'amende forfaitaire, en cas de condamnation, la peine prononcée par la juridiction ne peut être inférieure à l'amende forfaitaire (alinéa

Actualité pénale

2). En l'espèce, sa requête en exonération ayant été rejetée, les juges devaient prononcer une amende de 135 € minimum. La Chambre criminelle assure ainsi que le recours devant le juge est effectif et concret, l'amende est prononcée par le juge qui a le pouvoir de la moduler dans les limites imposées par la loi. Si la loi française impose toujours un maximum aux peines, dans des cas exceptionnels, notamment de contentieux de masse, elle peut aussi imposer un minimum, comme c'est le cas dans le cadre des contraventions routières. De cette manière, la Cour de cassation protège la décision des juges du fond, non pas tant en vertu de la modulation de l'application de la jurisprudence dans le temps, mais en vertu de l'application concrète et effective des sanctions soumise aux conditions légales.

Cet argument supplémentaire montre aussi le malaise de la Cour de cassation face à une assimilation pure et simple des règles jurisprudentielles aux règles légales du point de vue du principe de la légalité pénale et de ses deux corollaires naturels, le principe d'interprétation stricte et le principe de non-rétroactivité. Cette assimilation aurait conduit la Cour de cassation à retenir la même décision d'espèce mais fondée sur un argument différent. Si la Cour européenne des droits de l'Homme a interdit l'application rétroactive d'un revirement de jurisprudence défavorable à la personne poursuivie, en vertu du principe de sécurité juridique, elle applique le même contrôle de qualité que celui retenu pour les textes. La jurisprudence peut s'appliquer uniquement si elle est accessible et prévisible, les deux critères de qualité pouvant satisfaire à la légalité pénale et à l'article 7 de la Convention. Le revirement de jurisprudence peut s'appliquer uniquement s'il est prévisible dans l'évolution des textes ou de leur application, en droit national ou international. Transposée à notre espèce, cette analyse aurait conduit la Chambre criminelle à

Actualité pénale

la conclusion de l'impossibilité de l'application rétroactive de l'obligation de motivation de la peine, puisque les juges affirmaient le contraire trois mois auparavant. La Cour européenne aurait conclu à un « renversement de jurisprudence », ne pouvant rétroagir pour sauvegarder la sécurité juridique. La Chambre criminelle n'a pas retenu l'argument de la non-rétroactivité, pas plus que celui de la sécurité juridique, montrant une nouvelle fois son hésitation face à une position européenne extensive de la légalité pénale malmenant les fondements traditionnels du droit français.

BRÈVES

COMPÉTENCE PERSONNELLE PASSIVE

Crim. 12 juin 2018, n° 17-86640, publ. Bull. à venir

La Chambre criminelle de la Cour de cassation refuse de renvoyer au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la compétence personnelle passive.

L'article 113-7 du Code pénal dispose « la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction », liant la compétence des juridictions françaises dans ce cas, par l'application de l'article 689 du Code de procédure pénale. Normalement, la loi pénale française s'applique aux infractions commises sur le territoire de la République, comme expression de la souveraineté

Actualité pénale

nationale de l'État sur son territoire. Mais elle peut s'appliquer aussi à des infractions commises en dehors du territoire en vertu de plusieurs mécanismes de rattachement prévus par le Code pénal. Le premier d'entre eux et le plus important est la compétence personnelle qui repose sur la prise en compte de la nationalité des personnes impliquées dans l'infraction. Cette compétence est dite personnelle (reposant sur la personne) et peut être active (auteur de l'infraction) ou passive (victime de l'infraction). Dans cette hypothèse, la nationalité de l'auteur ou de la victime justifie l'application de la loi pénale française comme expression de la souveraineté que l'État exerce sur son peuple. Ce mécanisme est une extension de l'application de la loi pénale française qui produit des effets extra-territoriaux. Si les lois récentes ont pu l'étendre à des personnes qui ne possèdent pas la nationalité française, mais ont leur résidence habituelle sur le territoire de la République, son application est strictement encadrée par les lois et la jurisprudence.

Les conditions légales de la compétence personnelle passive sont restrictives. Elle est déclenchée uniquement en cas de crime ou de délit puni d'emprisonnement, excluant les infractions les moins graves. La victime doit avoir la nationalité française au moment de la commission de l'infraction, contrairement à la compétence personnelle active où l'application de la loi pénale française est déclenchée même si l'auteur acquiert la nationalité française postérieurement à la commission de l'infraction. L'article 113-8 pose des conditions supplémentaires de procédure soumettant les poursuites à la requête du ministère public, « précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis ».

Le Code de procédure pénale tire les conclusions de la

Actualité pénale

compétence légale française et déclenche la compétence des juridictions françaises dans ce cas, selon l'article 689.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation interprète strictement ces dispositions. « D'une part, seule la qualité de Français de la victime directe de l'infraction commise à l'étranger attribue compétence aux lois et juridictions françaises sur le fondement des articles 113-7 du Code pénal et 689 du Code de procédure pénale, et (...), d'autre part, les stipulations des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sauraient s'interpréter comme étant de nature à remettre en cause les règles relatives à la compétence internationale des lois et juridictions pénales françaises » (Crim. 31 janvier 2001, Bull. n° 31).

La première QPC était fondée sur la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif et sur le principe de prohibition absolue du déni de justice, garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, en ce que le dispositif français ne permet pas « à une victime par ricochet de nationalité française d'obtenir en France la poursuite des auteurs de l'infraction commise à l'étranger et la réparation des préjudices qui en résultent, et ce, alors même que les juridictions d'aucun autre État ne pourraient être saisies ». La deuxième QPC exploite la violation du principe d'égalité devant la loi pénale « en ce [que les arrêts] excluent les victimes par ricochet de nationalité française du bénéfice de la compétence personnelle passive des juridictions françaises pour connaître des crimes et délits commis à l'étranger sur une personne de nationalité étrangère ». Si la Chambre criminelle constate que les dispositions contestées n'ont pas été examinées par le Conseil constitutionnel, elles ne sont pas nouvelles et ne présentent pas un caractère sérieux, « rapportées à l'interprétation constante de la Cour de cassation qu'elles visent ». La Cour de cassation maintient l'interprétation

Actualité pénale

restrictive de la compétence personnelle passive - « les règles de compétence extra-territoriale de la loi pénale française permettant aux victimes directes, de nationalité française, d'obtenir en France la poursuite des auteurs d'une infraction commise à l'étranger et l'indemnisation du préjudice résultant éventuellement de ladite infraction, s'expliquent par le principe selon lequel l'État français est tenu d'assurer la protection de ses ressortissants et n'imposent pas que cette protection soit étendue aux victimes par ricochet, de sorte qu'il n'est pas porté atteinte aux principes constitutionnels invoqués ».

DÉTournEMENT DE BIENS PUBLICS COMMIS PAR UN PARLEMENTAIRE

Crim. 27 juin 2018, n° 18-80069, publ. à venir au Bull.

À la suite de la création du parti l'Union pour une majorité présidentielle (UMP) fusionnant trois partis, ont été créées deux associations afin de « compenser la perte de certaines fonctions et de fidéliser les élus qui auraient des velléités de soutenir l'action d'un autre parti ». Leurs comptes étaient alimentés par l'UMP et ont été également utilisés pour effectuer des versements à certains sénateurs qui leur avaient cédé des crédits de rémunération de leurs assistants qu'ils n'avaient pas utilisés. Le sénateur bénéficiant de la délégation de signature de l'UMP a été mis en examen des chefs de détournement de fonds publics et recel de ce même délit.

La personne poursuivie conteste doublement la qualification de détournement de biens de l'article 432-15 du Code pénal qui est

Actualité pénale

défini comme « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission ».

D'une part, le pourvoi conteste la qualité de parlementaire comme permettant d'appliquer l'incrimination. Plus précisément, la chambre de l'instruction a justifié ce choix par la qualité de personne « chargée d'une mission de service public », puisque les sénateurs sont chargés de voter la loi, contrôler l'action du gouvernement, et « chargée, directement ou indirectement d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique, que la mission reconnue aux parlementaires est par essence même une mission d'intérêt général », dans la mesure où les parlementaires sont investis d'un pouvoir de contrôle du respect de la personne humaine par les conditions de détention et rétention. De plus, cet article est prévu dans le cadre « des manquements au devoir de probité » qui répond, dans le Code pénal, à une volonté d'élargissement de cette exigence en retenant un critère fonctionnel se substituant à une énumération fastidieuse et stérile. Le pourvoi critique cette interprétation, puisque le parlementaire entre dans la catégorie des « personnes investies d'un mandat électif public » expressément visées par d'autres infractions de corruption. L'activité législative n'est pas une activité publique et considérer le contraire est une violation de l'interprétation stricte de la loi pénale. La Chambre criminelle rejette cette critique, reprenant à son compte les considérations de la chambre de

Actualité pénale

l'instruction et énonçant « qu'est chargée d'une mission de service public au sens de l'article 432-15 du code pénal la personne qui accomplit, directement ou indirectement, des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général ».

D'autre part, le pourvoi conteste le fait que le comportement entre dans le champ d'application du texte en considérant que l'utilisation des fonds affectés aux partis était entièrement libre. La Chambre criminelle rejette la critique en rappelant que « la dotation financière accordée par le Sénat aux sénateurs a la nature de fonds publics » et que les fonds sont affectés à certaines dépenses et ne peuvent être affectés aux sénateurs à titre personnel, ni pour l'usage d'un parti politique.

Enfin, le pourvoi contestait la qualification du recel, infraction de conséquence, puisque l'infraction d'origine, le détournement de fonds publics, devait disparaître. La Chambre criminelle rejette ce dernier moyen sans explication supplémentaire puisqu'elle a maintenu l'infraction d'origine.

CONDAMNATION D'UN PARENT POUR AVOIR REJOINT UN MOUVEMENT DJIHADISTE

Crim. 20 juin 2018, n° 17-84128

Une femme a quitté le territoire national pour se rendre, via l'Algérie et la Turquie, avec trois de ses enfants mineurs, en Syrie et y rejoindre des mouvements djihadistes. Elle a déscolarisé ses enfants et s'est opposée à toute intervention éducative du tribunal pour enfants et du juge aux affaires familiales. Six mois après, alors qu'elle regagnait la France en utilisant un passeport

Actualité pénale

algérien, elle a été expulsée de Turquie et ses enfants ont été placés en urgence. Cette femme a été poursuivie sur le fondement des dispositions de l'article 227-17 du Code pénal pour s'être soustraite sans motif légitime à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de ses cinq enfants mineurs.

Elle a été condamnée pour soustraction à ses obligations légales de parent à l'égard de ses cinq enfants - les trois qu'elle a emmenés ont été exposés « à un environnement d'une extrême dangerosité en les faisant séjourner dans des zones de combat en Syrie, [elle] a compromis leur équilibre par leur déscolarisation et par leur rupture avec leur environnement familial et social » ; le quatrième, qui lui avait été confié, « a été interpellé sur la voie publique, trois jours après les attentats du vendredi 13 novembre 2015, avec une arme automatique factice » ; le cinquième dont elle « s'est totalement désintéressée ». La Cour de cassation rejette le moyen du pourvoi contestant la culpabilité de cette femme, en considérant que la Cour d'appel « a souverainement apprécié que la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation des enfants avaient été compromises par l'adhésion de leur mère à une idéologie radicale et sa décision de rejoindre des combattants islamistes en Syrie ».

Les juges du fond ont prononcé une peine de dix-huit mois d'emprisonnement avec mandat de dépôt. La Chambre criminelle prononce la cassation de la décision sur la peine, en application de l'obligation de motivation de la peine : « le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit en justifier la nécessité au regard de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur et du caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction ». Cette obligation se dédouble, puisque le juge doit motiver le choix de la peine par rapport aux

Actualité pénale

critères normalement retenus, mais il doit aussi justifier l'inadéquation des autres peines (« sans autrement s'expliquer sur les éléments de la personnalité de la prévenue qu'elle a pris en considération pour fonder sa décision et pour retenir le caractère inadéquat de toute autre sanction »).

RESTRICTIONS DES COMMUNICATIONS DES PERSONNES DÉTENUES

Conseil constitutionnel 22 juin 2018, n° 2018-715 QPC

Le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 40 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 disposant « les personnes condamnées et, sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas, les personnes prévenues peuvent correspondre par écrit avec toute personne de leur choix ». La Section française de l'Observatoire international des prisons soutenait que ces dispositions méconnaissaient le droit à un recours juridictionnel effectif, puisque la décision de l'autorité judiciaire d'interdire aux personnes détenues de communiquer par écrit ne pouvait être contestée, alors même qu'elle n'indique pas les raisons susceptibles de conduire à cette décision.

Le Conseil constitutionnel décide que la disposition est contraire à la Constitution mais décide de reporter les effets de la décision d'abrogation au 1^{er} mars 2019. L'inconstitutionnalité est justifiée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme qui exige qu'un recours effectif soit reconnu aux personnes en cas d'atteinte substantielle à leurs droits, composante essentielle des

Actualité pénale

droits de la défense. Est en cause ici le droit de mener une vie familiale normale et le droit au respect de la vie privée. En l'espèce, aucune disposition législative ne permet de contester la décision de restriction de correspondance et cette seule raison justifie l'inconstitutionnalité. Cependant, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de priver l'autorité judiciaire de toute possibilité de refuser aux personnes placées en détention provisoire de correspondre par écrit, ce qui entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Le Conseil laisse au législateur le temps de remédier à l'inconstitutionnalité jusqu'au 1^{er} mars 2019, tout en aménageant un recours immédiat aux personnes concernées par ces restrictions. Ces dernières pourront contester les décisions de refus devant le président de la chambre de l'instruction dans les conditions prévues par la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 145-4 du Code de procédure pénale. Ce faisant, le Conseil constitutionnel réitère l'analyse qu'il avait retenue dans sa décision du 24 mai 2016, n° 2016-543, lorsqu'il s'était penché sur les restrictions apportées par l'autorité judiciaire aux permis de visite et autorisations de téléphoner pendant la détention provisoire.

PROCÈS-VERBAL SUR LA TRANSPARENCE DES VITRES DE VÉHICULES

Crim. 19 juin 2018, n° 17-85046, publ. Bull. à venir

Une personne circulant à bord de son propre véhicule a fait l'objet d'un procès-verbal pour conduite d'un véhicule ne respectant pas les prescriptions de transparence des vitres. L'article

Actualité pénale

R. 316-3 du Code de la route impose des caractéristiques aux vitres des véhicules – être en substance transparentes, résistantes, présenter une faible vitesse de combustion, « avoir une transparence suffisante, tant de l'intérieur que de l'extérieur du véhicule, et ne provoquer aucune déformation notable des objets vus par transparence ni aucune modification notable de leurs couleurs ». L'article R.316-3-1 du Code de la route prévoit que la violation des dispositions précédentes est punie d'une amende de quatrième classe et d'une réduction de plein droit de trois points du permis de conduire. Sur le fondement de ces articles, la juridiction de proximité l'a considérée coupable des faits qui lui étaient reprochés et l'a condamnée à une amende de 135 €. Elle forme un pourvoi en cassation.

Le deuxième moyen, dans ses trois branches, critique l'application des articles R 316-3 s. du Code de la route à cette situation qui n'en relèverait pas. D'une part, la juridiction de proximité s'est contentée d'une preuve par constatation d'agent, alors que la transparence inférieure à 70 % de coefficient de transmission lumineuse devrait être constatée par un photomètre. D'autre part, la juridiction avait appliqué rétroactivement la loi pénale plus sévère. En effet, les articles R 316-3 s. ont été introduits par le décret n° 2016-448 du 13 avril 2016 modifiant certaines dispositions du Code de la route relatives aux véhicules, qui prévoyait expressément que ses dispositions s'appliquaient à tous les véhicules maintenus en circulation après le 1^{er} janvier 2017. Le pourvoi soutenait que « l'élément constitutif de l'infraction avait été intégralement accompli sous l'empire de la loi ancienne à l'époque de laquelle ces vitres étaient homologuées, en sorte que les faits dont la réunion consommait l'infraction retenue n'avaient pas été exécutés, dans leur totalité, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle », de

Actualité pénale

sorte que la loi nouvelle plus sévère ne pouvait s'appliquer rétroactivement. Enfin, les nouvelles dispositions constituaient une atteinte disproportionnée au droit de propriété en obligeant la personne, soit à arrêter d'utiliser son véhicule, soit à procéder au remplacement des vitres à ses frais.

La Chambre criminelle rejette les trois critiques. D'une part, la preuve par constatation de l'agent verbalisateur n'est pas suffisante et le contrevenant peut apporter la preuve contraire. D'autre part, les dispositions contestées sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017, alors que l'infraction avait été constatée le 30 janvier 2017. Enfin, l'exigence résultant « de la réglementation sur la transparence des vitres n'est pas disproportionnée au regard des exigences de sécurité routière et d'ordre public ».

En revanche, le premier moyen a rencontré plus de succès, alors qu'il vise particulièrement la rédaction du procès-verbal. Le pourvoi critique le fait que la juridiction de proximité ait condamné le conducteur pour « des motifs abstraits, généraux et impersonnels, sans identifier le véhicule et sans constater ni qu'il était en circulation, ni que le prévenu avait accompli un acte de conduite, ni que la vitre du pare-brise, la vitre latérale avant côté conducteur ou la vitre latérale avant côté passager présentait un facteur de transmission régulière de la lumière inférieur à 70 %, et en ne caractérisant dès lors aucun des éléments constitutifs de l'infraction poursuivie, la juridiction de proximité n'a pas légalement justifié sa décision au regard des textes susvisés ».

La Cour de cassation prononce la cassation au visa des articles sus-cités du Code de la route, ainsi que des articles du Code de procédure pénale relatifs à la preuve en matière contraventionnelle (article 537 du Code de procédure pénale) et à la cassation des décisions de justice (article 593 du Code de procédure pénale). La Chambre criminelle commence par

Actualité pénale

rappeler le principe selon lequel « le juge répressif ne peut déclarer un prévenu coupable d'une infraction sans en avoir caractérisé tous les éléments constitutifs » pour l'appliquer à l'espèce et constater que « le jugement attaqué se borne à viser le procès-verbal ». En effet, « le jugement attaqué se borne à viser le procès-verbal ». En effet, « le procès-verbal de contravention, qui ne précisait pas concrètement quelles vitres étaient concernées ni en quoi leur transparence était insuffisante, ne comportait pas de constatations au sens de l'article 537 du code de procédure pénale ». En conclusion, la Chambre criminelle prononce la cassation de la décision de culpabilité de la juridiction de proximité.

Police administrative

Par M. Ludovic Guinamant

Nouvelle-Calédonie : le Conseil d'État décide que l'État n'est pas responsable des violences commises lors de l'expulsion du clan Wede en 2010

Conseil d'État, 10^{ème} chambre, 28 juin 2018, n° 406458 à 406523
Conseil d'État, 10^{ème} chambre, 19 juin 2017, n° 406456

Tout commence avec la disparition en 2004 du Grand chef de la tribu d'Unia (Yaté). Les Wede, historiquement originaires de Lifou, souhaitaient la nomination de l'un des fils du défunt, quand les autres tribus plaidaient pour un descendant du clan historique, comme c'est le cas de Bonaventure Djawari. Après quelques années de procédures coutumières, Djawari Bonaventure, membre du clan du chef historique, est désigné comme successeur. La désignation d'un nouveau grand chef au sein des quatorze clans de la tribu d'Unia en Nouvelle-Calédonie avait provoqué, en raison de l'opposition du clan Wede, de graves dissensions que ni les forces de l'ordre dépêchées par le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, ni la mission de conciliation désignée par lui n'ont pu prévenir.

Le 30 juin 2010, la tribu d'Unia a coutumièrement décidé de procéder à l'expulsion du clan Wede des terres de la tribu.

En exécution de cette expulsion, les membres de ce clan ont quitté, le 14 juillet 2010, les terres de la tribu sous la protection des forces de gendarmerie, en raison des menaces graves pesant sur leur sécurité et sur leurs biens. Les locaux dans lesquels ils

Police administrative

habitaient ainsi que les biens meubles qui y étaient restés ont ensuite été détruits ou pillés.

Après avoir vainement demandé à l'État de les indemniser, certains membres du clan Wede ont poursuivi, devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, la responsabilité de l'État pour obtenir réparation de la perte matérielle de leurs biens mobiliers et immobiliers et du préjudice moral résultant de ces destructions.

Par un jugement du 17 septembre 2015, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a écarté la responsabilité de l'État pour faute en sa qualité d'autorité de police et sa responsabilité au titre des dispositions de l'article L. 133-1 du Code des communes de la Nouvelle-Calédonie relatives aux dommages du fait des attroupements et rassemblements. Il a, en revanche, condamné l'État à indemniser le préjudice subi par le clan Wede sur le fondement de la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques en raison de la perte matérielle de ses biens mobiliers et immobiliers et de son préjudice moral.

La ministre des Outre-mer a relevé appel de ce jugement et le clan Wede a persisté, par la voie de l'appel incident, dans ses conclusions présentées devant le tribunal administratif. Par un arrêt du 25 octobre 2016, la Cour administrative d'appel de Paris a réformé le jugement du 17 septembre 2015. Elle a confirmé la solution retenue par le tribunal administratif en ce qui concerne l'absence de responsabilité de l'État au titre de dommages du fait d'attroupements et rassemblements, l'a infirmée en écartant sa responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, mais a condamné l'Etat à indemniser, sur le

Police administrative

fondement de la responsabilité pour faute, le préjudice subi par le clan Wede en raison de la perte matérielle de ses seuls biens mobiliers et de son préjudice moral.

Pour engager la responsabilité de l'État au titre des préjudices matériel et moral subis par le clan Wede résultant de la destruction de ses biens mobiliers, la Cour administrative d'appel a estimé qu'était constitutif d'une faute le fait d'avoir déployé des effectifs insuffisants lors de l'exécution de la décision d'expulsion coutumière et d'avoir incité les membres du clan Wede à un départ immédiat, sans leur permettre de prendre les mesures nécessaires pour emporter tout ou partie de leurs biens mobiliers.

La ministre des Outre-mer se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il fait droit aux conclusions relatives à la responsabilité pour faute de l'État et qu'il condamne ce dernier à verser à certains membres du clan Wede la réparation de leurs préjudices.

Le Conseil d'État considère néanmoins que l'intervention d'une soixantaine de gendarmes a permis d'assurer la sécurité des membres du clan Wede lors de leur expulsion, le 14 juillet 2010, et, d'autre part, que les membres du clan Wede avaient disposé d'un délai de deux semaines pour préparer leur départ des terres de la tribu d'Unia. La juridiction administrative suprême juge dès lors que la Cour administrative de Paris avait inexactly qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que l'État avait commis une faute en sa qualité d'autorité de police.

En ce qui concerne la rupture d'égalité devant les charges

Police administrative

publiques, le clan Wede soutient que l'incapacité de l'État à prévenir, par le déploiement de forces de l'ordre en nombre approprié pendant un temps suffisant, les atteintes à l'ordre public provoquées par les agissements de la tribu d'Unia postérieurs à son expulsion coutumière, qui ont conduit à la destruction de son habitation et de ses biens mobiliers, a entraîné pour lui un préjudice grave et spécial qui ne peut être regardé comme une charge lui incombant normalement.

Toutefois, le Conseil d'État juge que les préjudices allégués par l'intéressé, résultant tant de la perte d'usage de son habitation que de la destruction de ses biens immobiliers et mobiliers, n'excèdent pas, dans les circonstances de l'espèce, les aléas auxquels il s'est exposé en qualité d'occupant sans titre des terres de la tribu d'Unia à compter du 30 juin 2010, alors qu'un délai de quinze jours lui avait été laissé pour prendre ses dispositions, dans un contexte de violence généralisée dans lequel, pour regrettable qu'elle soit, la destruction des biens constituait une pratique courante et connue de lui. La juridiction suprême considère, dès lors, que les dommages qu'il a subis ne présentent pas un caractère anormal susceptible d'ouvrir droit à indemnité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques.

L'enquête administrative effectuée avant le recrutement des personnels dans les entreprises de transport public n'implique pas une procédure contradictoire

Conseil d'État, 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies, 1^{er} juin 2018,

Police administrative

n° 412161

L'article L. 114-2 du Code de la sécurité intérieure, dans sa rédaction résultant de la loi du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs et de la loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique prévoit que « *les décisions de recrutement et d'affectation concernant les emplois en lien direct avec la sécurité des personnes et des biens au sein d'une entreprise de transport public de personnes ou d'une entreprise de transport de marchandises dangereuses soumise à l'obligation d'adopter un plan de sûreté peuvent être précédées d'enquêtes administratives destinées à vérifier que le comportement des personnes intéressées n'est pas incompatible avec l'exercice des fonctions ou des missions envisagées* ».

Le décret n° 2017-757 du 3 mai 2017 a été pris en application des dispositions législatives précitées, afin de prévoir les modalités d'application de ces enquêtes administratives. Toutefois, la Confédération générale du travail et la Fédération CGT des cheminots ont demandé au Conseil d'État l'annulation du décret susmentionné.

Après avoir rappelé que l'article L. 114 2 du Code de la sécurité intérieure a réservé la possibilité de diligenter les enquêtes administratives lorsque sont en cause des emplois qui sont « *en lien direct avec la sécurité des personnes et des biens au sein d'une entreprise de transport public de personnes ou d'une entreprise de transport de marchandises dangereuses soumise à l'obligation d'adopter un plan de sûreté* », le Conseil d'État précise que relèvent de ce type d'emplois ceux des agents chargés « *du contrôle et de la commande*

Police administrative

des installations de sécurité du réseau ferroviaire ou guidé », comme les aiguilleurs, les gestionnaires des mouvements des trains ou les agents en fonction dans un poste central de commandement ou dans un poste de régulation visés au a) du 1° de l'article R. 114-7 du CSI. Il indique également qu'il en va de même, en raison des caractéristiques et des risques particuliers que présente le transport par navire, pour l'ensemble du personnel embarqué à bord des navires à passagers, visé au f) du 1° du même article.

Dans un considérant de principe, le Conseil d'État juge que la possibilité d'effectuer, pour des raisons de sécurité, les enquêtes administratives prévues par l'article L. 114-2 du CSI, ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition à l'égard de laquelle pourrait être invoqué l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC).

Les hauts fonctionnaires de la juridiction suprême précisent que le principe général des droits de la défense n'implique pas, eu égard à l'objet de ces enquêtes et à leur portée, que la personne faisant l'objet d'une telle enquête en soit avertie et soit mise à même de présenter ses observations avant que l'autorité administrative n'émette son avis au vu du résultat de l'enquête. Enfin, ils constatent que l'article L. 114-2 du CSI a organisé une procédure particulière permettant de contester devant le juge administratif l'avis finalement émis par l'autorité administrative, procédure dont l'engagement peut en outre être précédé, en vertu de l'article R. 114-10 du même Code, d'un recours administratif formé devant le ministre de l'Intérieur.

Police administrative

Prévention de la délinquance : la police municipale ne peut offrir un service de télésurveillance

Cour administrative d'appel de Versailles, 2^{ème} chambre, 5 juillet 2018, n° 16VE010084

Par une délibération n° 13 en date du 13 avril 2015, le conseil municipal de Drancy a approuvé le principe d'un contrat d'alarme à titre onéreux visant à assurer une mission de télésurveillance à domicile par la police municipale de Drancy. En l'espèce, ce service de télésurveillance, relié à la police municipale, avait pour objet de proposer, en complément des missions de la police municipale, un contrat d'abonnement aux habitants de la commune sur redevance de 29 euros par mois, afin de relier leur habitation à la police municipale par le moyen d'un dispositif d'alarme intérieur que ces habitants auront installé à leurs frais.

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le tribunal administratif de Montreuil a, par un jugement n° 1505363 du 12 février 2016, fait droit à la demande d'annulation de la délibération. Peu satisfaite de ce jugement, la commune de Drancy a décidé de faire appel du jugement de première instance en soutenant que de nombreuses autres communes ont mis en place des services similaires, concourant à la mission de la prévention de la délinquance, notamment au titre de l'intervention d'une patrouille de la police municipale et que cette mission contribue à un équilibre financier de la police municipale.

Tout d'abord, il convient de préciser que le service de

Police administrative

télesurveillance faisant l'objet du contentieux, qui se rattache directement au fonctionnement de la police municipale, constitue une activité annexe à ce service public, à laquelle les administrés ont la faculté de recourir, et qui intervient dans le domaine de la sécurité des biens meubles et des immeubles dont la surveillance peut être confiée à des opérateurs privés.

Partant de ce principe, la Cour administrative d'appel de Versailles juge qu'il n'est pas constaté de carence de l'initiative privée dans ce domaine de la télesurveillance et qu'ainsi, la délibération attaquée, qui porte atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, a été jugée illégale.

Police administrative : un arrêté d'un maire visant à interdire l'activité de prostitution dans certains lieux est jugé légal par une juridiction administrative d'appel

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 3^{ème} chambre, 21 juin 2018, n° 16BX02889

Par un arrêté du 29 novembre 2013, le maire de la commune d'Albi a interdit « *aux personnes se livrant à la prostitution, de stationner ou de se livrer à des allées et venues répétées, de jour comme de nuit, sur les espaces de stationnement des véhicules, des bus et autocars de la gare y compris en utilisant des abribus, ainsi que sur les trottoirs et voies de circulation* » dans des quartiers situés immédiatement au sud et à l'est de la gare SNCF.

Police administrative

Par un jugement du 22 juin 2016, le tribunal administratif de Toulouse, appliquant une jurisprudence constante en matière de preuves des troubles à l'ordre public, sur la demande de l'association « Syndicat du travail sexuel-STRASS », a annulé cet arrêté au motif que la commune n'établissait pas que les risques d'atteinte au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques que causeraient le stationnement et les allées et venues répétées des personnes se livrant à la prostitution étaient de nature à justifier une interdiction portant sur tous les jours de l'année, toute la journée et toute la nuit, et non limitée dans la durée.

La commune d'Albi a alors fait appel de ce jugement en produisant de nombreux éléments factuels. La Cour administrative d'appel de Bordeaux énumère ces derniers : des courriers circonstanciés, datés des 2 février et 15 octobre 2013, émanant du gérant d'un établissement hôtelier et du syndic d'une copropriété situés dans le quartier considéré, un courrier du 16 octobre 2013 émanant d'un collectif de riverains, une pétition de riverains déposée le 23 novembre 2013, ainsi que des attestations nombreuses et circonstanciées d'habitants et de commerçants du quartier.

Les magistrats administratifs en déduisent qu'il ressort de cet ensemble de témoignages et d'attestations que la présence dans les rues de ce quartier, aussi bien de jour que de nuit, d'un nombre important de prostituées pratiquant le racolage sur la voie publique, est notamment à l'origine de bagarres, d'injures, de nuisances sonores, de l'abandon de déchets divers sur la voie publique et de difficultés de circulation.

Police administrative

Ainsi, la Cour administrative d'appel juge que compte tenu, d'une part, de ce que, même s'ils sont plus importants en période nocturne, ces troubles ne sont pas limités dans le temps, d'autre part, de ce que le périmètre défini par l'arrêté est strictement limité aux quartiers situés immédiatement au sud et à l'est de la gare SNCF, enfin de ce que l'interdiction ne vise pas à interdire la prostitution, mais à interdire aux personnes se livrant à cette activité de stationner ou de se livrer à des allées et venues répétées, de jour comme de nuit dans les rues de ce quartier, le maire d'Albi a, par l'arrêté contesté, pris de manière proportionnée et adaptée les mesures strictement nécessaires au maintien de l'ordre public.

Droit des collectivités territoriales

Par M. Xavier Latour

Les orientations du Fonds interministériel de prévention de la délinquance pour 2018

Chaque année, le Fonds interministériel de prévention de la délinquance (FIPD) permet de financer différentes actions. La circulaire NOR/INTK18124575 C du 3 mai 2018 fixe ainsi les axes prioritaires pour les prochains mois. L'exercice est un peu plus compliqué que les années précédentes, car 2018 est une année de transition en raison de l'actualisation de la stratégie nationale de prévention de la délinquance.

Toutefois, la continuité prévaut, y compris dans le domaine de la prévention de la radicalisation et du terrorisme.

Les sommes concernées peuvent sembler modestes au regard de l'ampleur des sujets concernés. Elles diminuent par rapport à 2017 et passent en dessous des 100 millions d'euros (70,2 millions d'euros).

Elles serviront en priorité à la prévention de la radicalisation.

Comme en 2017, la circulaire traite de ce sujet en premier. Elle sera complétée par d'autres circulaires qui préciseront les actions à entreprendre et le rôle des préfetures de département. L'idée générale consiste à privilégier une action plus « globale et plus effective ».

L'objectif demeure de prévenir les phénomènes de radicalisation et d'encadrer les individus en voie de l'être grâce à une prise en

Droit des collectivités territoriales

charge individualisée. La réinsertion sociale et professionnelle pourra être complétée par un suivi psychologique, voire psychiatrique. C'était déjà le cas l'an passé.

À cette fin et comme l'année précédente, la participation des collectivités territoriales est essentielle. Le département est mobilisé au titre de sa compétence en matière sociale et de protection de l'enfance. La commune doit s'investir par l'intermédiaire de son conseil local de sécurité et de prévention de la délinquance (à condition qu'il fonctionne réellement...). Les contrats de ville peuvent relayer les plans d'action de prévention de la délinquance.

La circulaire insiste, à nouveau, sur le rôle des grands réseaux associatifs dont la fiabilité s'est sans doute améliorée avec le temps. La question est cruciale, alors que le ministre de l'Intérieur lui-même, en 2017, exprimait ses doutes sur certaines méthodes de déradicalisation.

Cette année, la circulaire reflète la préoccupation de l'État quant au sort des mineurs de retour d'Irak ou de Syrie. Des actions spécifiques, notamment psychologiques, pourront leur être destinées. L'accompagnement des travailleurs sociaux ou des professionnels au contact de ce public particulier entre aussi dans le champ des opérations susceptibles d'être financées.

Les actions finançables se répartissent, notamment et à nouveau, entre la mise en place de référents, de consultations par des psychologues et des psychiatres spécialement formés, des actions éducatives et d'insertion, du soutien à la parentalité. Il peut aussi s'agir de soutenir des actions à destination de jeunes sous main de justice en milieu éducatif ouvert.

Le FIPD poursuivra son action en direction de la formation et de la sensibilisation des professionnels (travailleurs sociaux,

Droit des collectivités territoriales

éducateurs...).

La circulaire reprend la thématique de la sécurisation des sites sensibles. Cela concerne particulièrement les lieux de culte et les établissements scolaires.

L'installation de dispositifs de vidéoprotection est, par exemple, encouragée, tout comme la sécurisation des accès.

L'équipement des policiers municipaux en gilets de protection pare-balles et de terminaux de radiocommunication doit, quant à lui, se poursuivre. L'aide apportée à l'acquisition de caméras-piétons est renouvelée.

Par ailleurs, les financements seront affectés aux autres priorités fixées par la stratégie nationale :

- la prévention de la délinquance des jeunes. Il s'agit, en l'espèce, de prévenir la récidive (notamment en luttant contre les comportements addictifs) et de favoriser l'insertion professionnelle. Le texte rappelle l'importance attachée aux travaux d'intérêt général et aux actions d'insertion. Les conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance relaient ces actions. La circulaire réaffirme la volonté de promouvoir des actions d'amélioration des relations entre la population et les forces de l'ordre ;
- les violences faites aux femmes et les violences intrafamiliales demeurent prioritaires. L'intérêt porté aux postes d'intervenants sociaux en police et en gendarmerie est confirmé. Le dispositif doit être renforcé et pérennisé avec l'aide des départements. Il en est de même des référents pour les femmes victimes de violence au sein du

Droit des collectivités territoriales

couple. L'accent est aussi mis sur le dispositif de télé-protection à destination des personnes en situation de danger grave ;

- la tranquillité publique représente un autre domaine d'intervention, particulièrement dans les territoires prioritaires (ZSP, zones bénéficiant d'un contrat de ville). La réorientation vers la dimension humaine se poursuit. Plutôt que de privilégier la vidéoprotection, le FIPD soutient surtout la médiation ou la prévention spécialisée.

L'innovation 2018 réside surtout dans le renforcement de la dimension régionale. Le préfet de région est présenté comme un échelon essentiel de la déconcentration en disposant d'un pouvoir d'arbitrage.

Le FIPD suit en cela les évolutions de l'administration territoriale qui tendent à renforcer de plus en plus l'échelon régional.

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