

La veille juridique

N° 61, octobre 2017

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



Edito

Sécurité et liberté indissociables dans l'espace numérique

La symbiose entre la sécurité et la liberté est au cœur de la construction de l'État de droit. L'une ne va pas sans l'autre ! Loin de s'opposer, elles se composent. Si les grands principes semblent stabilisés, s'agissant du « monde réel », l'émergence des nouvelles technologies qui accompagnent le développement de l'espace numérique pose les problèmes en de nouveaux termes.

Il est intéressant de noter que le cyberspace est d'abord né des exigences de sécurité et de défense, avec le programme lancé à la fin des années 50 par Paul Baran, inspirateur d'Arpanet. Abandonné, il a cédé la place à des équipes universitaires n'ayant qu'une seule idée en tête,

(Suite page 2)

EDITORIAL

celle de liberté. On peut même parler de courant libertaire soutenu par le néo-communalisme américain et les 750 000 hippies vivant dans la Silicon Valley mais doctorants au sein des grandes universités américaines pour nombre d'entre eux...

Avec quelques dizaines ou centaines de machines connectées, « l'indépendance du cyberspace » aurait pu demeurer une sympathique utopie. Mais avec plus de 10 milliards de machines maillées en 2016 et peut-être 1000 milliards en 2030, l'espace numérique cesse d'être « ailleurs ». À terme, il sera sans doute « le seul espace » qui se déclinera selon les milieux terrestre, maritime ou aérien.

Dès le début de la démocratisation du cyberspace arrive le prédateur et, avec lui, commencent à s'élaborer des stratégies de sécurité et de défense, d'abord avec la sécurité des systèmes d'information (SSI), la lutte contre la cybercriminalité puis, plus récemment, avec la cyberdéfense. L'espace numérique apparaît de plus en plus comme un espace propice au profit, à la compétition, à la lutte d'influence, à la malveillance tutoyant dans ses extrêmes la conflictualité.

Universel (par construction), sans frontière (apparemment), le cyberspace aurait pu ou dû bénéficier d'une gouvernance mondiale. Malgré de multiples tentatives internationales aux succès limités (UIT, GGE, etc.), la prise en compte planétaire des enjeux est loin d'être une réalité. L'Europe du numérique, alternative nécessaire entre un modèle américain et un modèle chinois, en est encore à ses balbutiements, même si des perspectives semblent aujourd'hui percer.

L'État revient donc en première ligne, lui qui avait « abandonné » Internet à des acteurs privés avec lesquels il doit désormais composer. Il revient pour lutter contre la cybercriminalité mais aussi pour protéger les infrastructures critiques, les opérateurs d'importance vitale et les opérateurs de services essentiels, au travers d'une cyberdéfense, certes défensive, mais dont on ne saurait oublier les capacités offensives. La menace terroriste, qui s'exprime ou se manifeste avec beaucoup de compétences techniques via le cyberspace, accentue son interventionnisme, comme en témoigne l'inflation du corpus législatif



ZONE INTERDITE GENDARMERIE NATIONALE

EDITORIAL

depuis le début des années 2000.

Les « traitements » étaient au cœur de la loi de 1978, les « systèmes » de traitement constituaient le fondement de la loi Godfrain de 1988, les données sont désormais la cible principale des prédateurs en tout genre, en raison de leur valeur intrinsèque, des multiples possibilités qu'elles offrent dès lors qu'elles sont « volées », dénaturées, etc. Si la couche « matérielle » (infrastructure, routeurs, câbles sous-marins, data centers) peut être l'objet de malveillances et si la couche « logique » de l'espace numérique demeure un objectif des cyber attaquants, la couche « sémantique », celle du sens, est de plus en plus un champ d'action.

S'agissant de la couche matérielle, sa protection et sa défense n'offrent guère de particularité puisqu'elle constitue une empreinte du cyberspace dans le monde réel. Elle nécessite donc des mesures de sécurité physique, puisque la liberté d'accès à l'espace numérique est réduite si, par exemple, des câbles sous-marins sont sectionnés, des « atterrissements », des *data centers* ou des routeurs endommagés.

La protection de la liberté dans la couche logique appelle des mesures de sécurité pour le moment assez peu intrusives dans la vie privée, même si la sécurité des systèmes d'information peut soulever des problèmes inédits en termes de partage entre la vie privée et la vie professionnelle. L'authentification par la biométrie et la *threat intelligence* mêlant profilage des requêtes, analyses comportementales, « sécurité cognitive », peuvent aussi ouvrir des voies plus intrusives dans la sphère privée des utilisateurs d'Internet.

La sécurité de la couche sémantique (ou à partir de celle-ci) est celle où le conflit avec la liberté est sans doute le plus aigu. Le développement des techniques spéciales d'enquête et des techniques de renseignement en témoignent. En France, deux exemples récents illustrent cette tension : le retrait, sur pression d'un Sénat craignant une contrariété avec la Constitution, de l'obligation de fournir les numéros d'abonnement et identifiants techniques de tout moyen de communication

EDITORIAL

électronique dont dispose une personne suspectée d'activités terroristes, et le « feuilleton » de la constitutionnalité du délit de consultation habituelle de sites terroristes (question prioritaire de constitutionnalité adressée le 4 octobre 2017 par la Cour de cassation). Au-delà du cas français, le chiffrement offre un exemple topique du « duel » sécurité/liberté. Indispensable pour créer la confiance dans les échanges, il est aussi un obstacle pour les forces de sécurité qui se heurtent au mur du chiffrement, « de bout en bout » pratiqué notamment par les *Over The Top* (Whatsapp, Instagram, etc.). On comprend l'exigence d'accès par la Justice aux messages « en clair » transmis par les mouvements terroristes et la criminalité organisée. Mais on mesure aussi les dangers liés à la mise en place de « backdoors », non demandée d'ailleurs par les services enquêteurs français.

La recherche de l'équilibre est plus que jamais nécessaire si l'on veut que l'espace numérique sécurisé demeure un espace de liberté. Le discours pondéré, régulièrement tenu par Guillaume Poupard, directeur général de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI), traduit cette aspiration. C'est aussi « l'esprit FIC » qui, depuis 10 ans, témoigne de la volonté de donner une finalité aux moyens de la cybersécurité. Une devise pour le FIC ? : ni sécurité absolue, qui serait la négation de la liberté, ni liberté absolue, qui conforterait la « loi du plus fort ».

Pour atteindre cet équilibre, il importe de conjuguer les compétences et notamment de rapprocher les « sciences dures » des sciences humaines. C'est l'ambition de transversalité affichée par le FIC, c'est le souffle qu'il veut apporter à un débat qui dépasse les seuls enjeux technologiques !

Pour atteindre cet équilibre vital, il nous faut aussi partager l'idée que la liberté de chacun est le résultat d'une cybersécurité mise en œuvre par tous. L'hyperconnexion, thème du 10^{ème} FIC, met en lumière les interférences, les interactions, les responsabilités croisées qui vont encore s'accroître dans les cinq ans à venir. Entre les « sécuritaires » et les « libertaires », le FIC est la rencontre des partisans du juste milieu.

EDITORIAL

Nous serons nombreux à exprimer cette ambition, les 23 et 24 janvier prochains !

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

VEILLE JURIDIQUE DE LA GENDARMERIE NATIONALE



Sommaire

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

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric Debove

BAC, mensonges et vidéo !

Chacun a en mémoire le film américain « Sexe, mensonges et vidéo » (« Sex, Lies and Videotape ») réalisé par Steven Soderbergh. Palme d'or lors du 42^{ème} festival de Cannes en 1989, cette comédie dramatique - au budget très modeste et au scénario écrit en une semaine seulement par le réalisateur lui-même - aborde les problèmes du couple moderne. Sorte de conte moral, « Sexe, mensonges et vidéo » met en scène le désarroi sexuel d'une génération à travers le récit de quatre personnages - tantôt volcaniques, tantôt introvertis - qui mentent éhontément pour ne pas affronter la réalité de leur sexualité. Coup d'éclat pour un coup d'essai puisque Steven Soderbergh deviendra à 26 ans le plus jeune metteur en scène à obtenir cette prestigieuse récompense.

Quittons à présent Cannes et sa croisette pour Rennes où a été mis au jour cet été un autre film plus grinçant et plus policier à la fois : pas de coup d'essai ni de coup d'éclat, même pas de coup d'achat, juste des coups, des coups bas, des coups de genou, des coups tordus assortis de quelques coups de théâtre. Dans le rôle de l'acteur principal au moment des faits, le chef de la BAC jour et nuit. En second rôle, un petit dealer bien connu des services de police. On imagine sans difficulté la trame du scénario : un flag', une interpellation, une garde à vue et à l'issue, un renvoi en correctionnelle. Cependant, quand la caméra saisit des scènes qui s'éloignent du script, le film devient flou et la justice est convoquée pour éclaircir l'intrigue. Cultiver le doute, ne pas se fier aux apparences trompeuses, démêler le vrai du faux pour ne pas sombrer dans l'erreur judiciaire, c'est précisément l'enjeu du jugement éclairant (inédit et non définitif) rendu par le tribunal correctionnel de Rennes le 27 juillet 2017.

Entre main courante, pieds à terre et genou flottant

Les faits de l'espèce peuvent se résumer de la manière suivante : le 5

Déontologie et sécurité

mai 2017, un individu X. était interpellé par des fonctionnaires de police de la BAC et placé en garde à vue pour des faits d'infractions à la législation sur les stupéfiants et violences sur dépositaire de l'autorité publique. Le procès-verbal d'interpellation, daté du 5 mai 2017 à 19h55, rédigé au nom de Y., brigadier de police, relevait qu'un individu se dissimulait à chaque passage du véhicule de la BAC. À la vue des policiers descendus de leur véhicule, il était noté qu'il prenait la fuite avant de s'engouffrer dans un bar en criant « C'est la BAC », suivi du major de police Z. Le procès-verbal précisait ensuite : « Constatons que l'individu se réfugie au fond du bar, fait face au fonctionnaire de police, disons que l'individu porte un premier coup de pied. Le major de police esquivé à l'aide de son avant-bras », puis « l'individu s'agrippe à la table haute du bar et refuse l'interpellation en donnant des coups anarchiques nous obligeant à l'amener au sol pour le maîtriser. Précisons qu'il nous est impossible de le menotter compte tenu de l'hostilité des clients. Constatons que l'individu était extrait avec beaucoup de difficultés du bar ». Le procès-verbal mentionnait également : « L'individu profite de l'atmosphère tendue pour tenter de porter un nouveau coup sur le major de police qui lui place aussitôt une clef de cou pour l'amener au sol et l'immobiliser ».

À la suite de ces faits, le major de police Z. déposait plainte, le 5 mai 2017 à 21h24, pour les faits de violence commis à son encontre par l'individu X. Dans sa plainte, il relatait qu'à la vue de la BAC, X. s'était engouffré dans le bar et s'était réfugié au fond de la salle principale. Il ajoutait l'avoir suivi avec son collègue W. L'individu X. lui avait alors porté un coup de pied qu'il avait esquivé avec son bras droit, puis s'était agrippé à une table haute. Il indiquait ensuite avoir dû l'amener au sol, et précisait « il s'est cogné le nez soit à la table, soit au sol ». Il poursuivait en indiquant lui avoir fait une clé de cou et l'avoir ainsi extrait du bar. Il ajoutait qu'une fois dehors, l'individu X. s'était agrippé à un réverbère, qu'ils s'étaient retrouvés au sol, qu'il lui avait fait une clé au cou avant le menottage par son collègue W.

La main courante jointe au dossier résumait, quant à elle, les faits de la façon suivante : « Passons devant un bar où apercevons une transaction entre deux individus. Reconnaissons formellement le vendeur comme étant M.X. Décidons de procéder au contrôle et mettons pieds à terre. Arrivés à la hauteur du bar, disons que l'individu X. qui nous a

Déontologie et sécurité

reconnus rentre en courant dans le commerce et semble se débarrasser d'un sachet au sol. Suivons ce dernier au fond. Refusant le contrôle, l'individu X. se cramponne aux tables du bar et fait des gestes d'opposition avec ses mains. Disons que le major Z. reçoit quelques coups au niveau de l'avant-bras droit et doit l'amener au sol pour tenter de le maîtriser. En chutant, l'individu tape la tête au sol. Apercevons alors que celui-ci saigne au nez. Les personnes présentes dans le bar commencent à être hostiles à notre rencontre et sommes obligés de sortir précipitamment du bar avec l'individu X. Dehors, ce dernier s'oppose toujours à son interpellation et sommes obligés de l'amener de nouveau au sol pour l'entraver. Examiné par un médecin, l'individu X. se voyait reconnaître une incapacité totale de travail de trois jours ».

Qui n'entend qu'une cloche n'entend qu'un son !

Lors de ses auditions, l'individu X. reconnaissait s'être rebellé lors de son interpellation, avoir eu en sa possession des stupéfiants (deux barrettes), mais il contestait toute violence sur les policiers. Il dénonçait au contraire des violences sur sa personne commises par les policiers. Il précisait que ses dires pouvaient être vérifiés par la vidéosurveillance du bar, lieu de son interpellation. Précisément, les policiers en charge de l'enquête sur les allégations de violences policières allaient visionner les enregistrements issus de la vidéosurveillance susvisée. Sur ces enregistrements, les enquêteurs ne relevaient aucune violence commise par X. telles que décrites dans le procès-verbal d'interpellation. Ils constataient en revanche qu'un coup de genou était porté par le policier interpellateur, le major Z., alors que X. était au sol, coup non mentionné en procédure. Le procès-verbal d'exploitation des vidéos de surveillance exposait ainsi : « L'individu X. court tout en se retournant vers le fond du bar, suivi par le Major Z., il se met derrière une table et recule contre le mur des toilettes toujours suivi par le fonctionnaire de police. Ce dernier est ensuite vu se baisser, tendre son bras en direction des mains de X., le saisir au niveau du col de son blouson et le plaquer au mur. L'individu X. se baisse, le major Z. le saisit avec ses deux bras au niveau du col de son blouson. L'individu X. est toujours au sol

Déontologie et sécurité

maintenu par le bras droit du fonctionnaire de police qui le tire vers lui puis lui assène un grand coup de genou gauche au niveau du visage. C'est alors qu'un autre policier, W., entre dans le bar et vient en aide à son collègue ».

Quand l'arbitrage vidéo s'invite au tribunal !

Après avoir visionné l'enregistrement susmentionné, les enquêteurs allaient procéder à l'audition des deux fonctionnaires de police présents en patrouille ce jour-là avec le major Z. Ces auditions devaient s'avérer fructueuses en révélant que les motifs du contrôle et les conditions de l'interpellation étaient différents de ce qui avait été consigné sur le procès-verbal d'interpellation et sur la main courante. Rédacteur du procès-verbal d'interpellation, le policier Y. reconnaissait ne pas avoir assisté à la scène dans le bar et être arrivé au moment où le major Z. et son collègue W. essayaient de menotter X. dans la rue, devant le bar. Il explicitait avoir accepté de rédiger ce procès-verbal sous la dictée du major Z., à sa demande, au motif qu'il avait mal au bras et lui disait ne pas avoir accès au logiciel de rédaction des procédures. Le fonctionnaire de police W. reconnaissait pour sa part être le rédacteur de la main courante. N'étant pas présent dans le bar lors des premiers faits, il expliquait l'avoir rédigé suivant la relation des faits exposée par le major de police Z. Les auditions des clients et du gérant du bar devaient confirmer les éléments exploités par les enquêteurs à partir de la vidéo, à savoir l'absence de violence commise par X. dans le bar et l'existence d'un coup de genou porté par le major Z.

Objection votre Honneur !

Poursuivi devant le tribunal correctionnel de Rennes des chefs de violences aggravées, faux en écriture publique ou authentique et dénonciation calomnieuse, le major Z. avait soulevé, avant toute défense au fond, une exception de nullité relative à la procédure antérieure à l'acte de saisine du tribunal. En substance, cette exception reposait sur

Déontologie et sécurité

un double fondement : une information prétendument tardive du procureur de la République, d'une part, et une information incomplète sur les faits objet de la poursuite, d'autre part.

S'agissant du premier grief, le prévenu faisait valoir que les policiers avaient tardé à aviser le procureur de la République de la mesure de garde à vue le concernant. Ce premier grief est rejeté par le tribunal. Il ressort en effet des pièces de la procédure que, sur instruction du procureur de la République, le major Z. a été placé en garde à vue le 12 mai 2017 à 10h06, étant précisé que le procès-verbal de notification des droits a été clôturé et signé à 10h25. Suite à cette notification des droits, le procureur de la République a été avisé par le biais d'un mél adressé à son secrétariat à 10h49. Pour le tribunal correctionnel de Rennes, si le parquet doit être informé d'une garde à vue dès le début de la mesure (conformément aux dispositions de l'article 63 du Code de procédure pénale), l'appréciation du respect de cette obligation dès le début de la mesure s'entend à compter de la notification effective du placement en garde à vue contenant l'avis de la qualification des faits qui sont reprochés au suspect. Partant, le délai de 24 minutes séparant la fin de la notification des droits de l'avis au procureur de la République ne saurait être considéré comme ne respectant pas les dispositions de l'article 63 du Code de procédure pénale.

L'autre branche de l'exception de nullité de procédure était fondée sur le fait que, lors de son placement en garde à vue, le major Z. avait été avisé de ce qu'il lui était reproché deux infractions (violences volontaires aggravées et complicité de faux en écriture) alors qu'il a par la suite été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef de trois infractions (violences volontaires aggravées, complicité de faux en écriture et dénonciation calomnieuse). Le prévenu voyait dans cette incomplétude une violation de ses droits de la défense en même temps qu'une violation de l'article 63-1 du Code de procédure pénale. Là encore, cette exception est rejetée par le tribunal correctionnel. Pour les juges rennais, si l'article susvisé exige que le suspect soit informé, lors de son placement en garde à vue, des faits qui lui sont reprochés au jour de ce placement, il ne prive pas le procureur de la République de la liberté de modifier cette qualification après analyse de l'ensemble du dossier. Au surplus, la directive européenne du 22 mai 2012 (dont l'article 63-1 C. pr. pén. transpose l'article 6) précise que les informations détaillées sur

Déontologie et sécurité

l'accusation doivent être communiquées au plus tard au moment où la juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation et non pas nécessairement dès le stade de l'arrestation. Les trois infractions pénales ayant été expressément visées dans la Convocation par l'officier de police judiciaire (COPJ) délivrée en vue de la comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel de Rennes, la procédure n'apparaît donc pas entachée d'irrégularité.

Entre phobie administrative, confusions chronologiques et contusions corporelles

En considération du rejet de son exception de nullité, le prévenu développait sur le fond plusieurs séries d'arguments au titre de sa défense. S'agissant de la rédaction du procès-verbal d'interpellation par l'un de ses collègues mais sous sa dictée, le major de police Z. explicitait ainsi ne pas l'avoir fait lui-même en raison de sa douleur au bras. En ce qui concerne les contradictions entre les faits actés en procédure et ceux révélés par les enregistrements de la vidéosurveillance, le major de police Z. admettait avoir failli dans la rédaction de certains actes de procédure en raison de « confusions chronologiques ». Pour autant, il maintenait avoir porté un coup de genou à l'encontre de l'individu X. en riposte au coup porté par ce dernier, tout en soulignant que sa riposte était parfaitement conforme aux techniques de défense en vigueur dans la police nationale.

Tous ces arguments n'allaient pas emporter la conviction du tribunal correctionnel. S'agissant du coup prétendument reçu de l'individu X., les juges rennais constatent que les déclarations du major de police Z. ont tellement fluctué (entre le procès-verbal d'interpellation, la main courante et l'audience correctionnelle) que leur crédibilité s'en trouve fondamentalement entachée. En outre, les constatations médicales ne sauraient à elles seules démontrer l'existence d'un coup reçu, la lésion constatée chez le major de police Z. pouvant parfaitement trouver son origine dans la résistance opposée par l'individu interpellé. S'agissant des malfaçons procédurales, le tribunal correctionnel relève d'étranges incohérences qui traduisent assurément des distorsions douteuses des

Déontologie et sécurité

faits à moins qu'elles ne révèlent une forme inquiétante de « phobie administrative » : la main courante mentionne ainsi « apercevons une transaction entre deux individus, reconnaissons formellement le vendeur comme étant X. . Décidons de procéder au contrôle et mettons pieds à terre », alors que le procès-verbal d'interpellation indique « remarquons un individu de type européen, vêtu de noir et mesurant environ 1m70 dont le manège est suspect en ce que l'individu se dissimule à chaque passage du véhicule de la BAC. Mettons pieds à terre ». Au surplus, dans son audition, le fonctionnaire de police W. ne fait état, quant à lui, ni d'un flagrant délit de transaction, ni d'individu qui se dissimule, mais simplement d'un individu bien connu de son service que l'équipage de la BAC décide de contrôler. Qualifiées d'indications mensongères par les juges rennais, toutes ces contradictions hasardeuses ont eu pour effet de tronquer, au préjudice de l'individu X., non seulement les motifs de l'interpellation mais également les modalités de celle-ci. Mais à ces premiers travestissements de la vérité s'en ajoutent d'autres tout aussi déshonorants se rapportant à l'environnement hostile de l'intervention (alors que les clients du bar n'étaient pas agressifs et ne portaient qu'un intérêt relatif à l'interpellation) ou bien à la légitimité du coup porté en pareilles circonstances (alors qu'un tel geste porté en direction du visage n'est pas conforme aux techniques enseignées dans la police nationale pour surmonter la résistance passive d'un individu au moment de son interpellation). Eu égard aux constatations qui précèdent, le tribunal correctionnel n'a eu guère de difficulté à reconnaître la culpabilité du chef de la BAC des trois chefs de prévention qui étaient reprochés (mais le faux en écriture par un dépositaire de l'autorité publique n'est-il pas une infraction de nature criminelle en application de l'article 441-3 du Code pénal ?). Compte tenu de la gravité des manquements constatés qui ternissent la foi attachée aux actes de la procédure et corrélativement la confiance des citoyens dans leur police, le tribunal condamne le chef de la BAC à une peine de dix mois d'emprisonnement assortis toutefois d'un sursis intégral en considération du parcours jusque-là sans faute de l'intéressé. « Sans un peu d'indulgence, il n'est point de justice », les proverbes traversent ainsi les siècles et les régimes politiques sans décidément prendre une seule ride...



Droit de l'espace numérique

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

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

Cour de cassation, ch. com, arrêt n° 1327 du 25 octobre 2017 (16-11.644), Caisse fédérale du crédit mutuel Nord Europe, société coopérative à forme anonyme et autres/ Caroline X...

Le juge doit vérifier que la victime d'une escroquerie à la carte bancaire via un hameçonnage pouvait avoir conscience du caractère frauduleux du courriel.

L'article L133-16 du Code monétaire et financier oblige l'utilisateur de services de paiement à prendre « toute mesure raisonnable » pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité spécialisés. La victime d'une escroquerie à la carte bancaire est intégralement remboursée, sauf si elle a commis une faute lourde ou une négligence grave. L'article L.133-19 dispose que la responsabilité du payeur n'est pas engagée si l'opération de paiement non autorisée a été effectuée en détournant, à l'insu du payeur, l'instrument de paiement ou les données qui lui sont liées.

Dans le cas d'espèce, une personne a reçu sur son téléphone portable deux messages lui communiquant un code à six chiffres « 3D Secure », devant valider deux paiements par Internet qu'elle n'avait pas réalisés. Elle fait opposition. Mais la banque refuse de la rembourser considérant que la victime a commis une négligence grave dans la conservation des dispositifs de sécurité personnalisés mis à sa disposition. Elle a, en effet, répondu à un courriel émanant apparemment de SFR et communiqué par ce biais des informations relatives à son compte chez cet opérateur, permettant à ce dernier de mettre en place un renvoi téléphonique des messages reçus de la Caisse, ainsi que ses nom, numéro de carte de paiement, date d'expiration et cryptogramme figurant au verso de la carte. La juridiction de proximité donne raison à la victime : si elle a communiqué volontairement les informations relatives à sa

Droit de l'espace numérique

carte de paiement, elle a été victime d'une usurpation d'identité et n'a livré ni son code confidentiel, ni le code 3D Secure.

Mais la Cour de cassation casse ce jugement au motif que le juge de proximité n'a pas vérifié, au regard des circonstances, si Mme X... n'aurait pas pu avoir conscience que le courriel qu'elle avait reçu était frauduleux et si, en conséquence, le fait d'avoir communiqué son nom, son numéro de carte bancaire, la date d'expiration de celle-ci et le cryptogramme figurant au verso de la carte, ainsi que des informations relatives à son compte SFR permettant à un tiers de prendre connaissance du code 3D Secure ne caractérisait pas un manquement, par négligence grave, à ses obligations mentionnées à l'article L. 133-16 du Code monétaire et financier.

Cour de cassation, ch. crim, arrêt (17-90.017) du 4 octobre 2017

La Cour de cassation transmet au Conseil constitutionnel une Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à l'article 421-5-2 du Code pénal, présentée par David X.

Art. 421-2-5-2 CP (version loi n° 2017- du 28 février 2017 pour la sécurité publique)

« Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service.

Constitue notamment un motif légitime tel que défini au premier

Droit de l'espace numérique

alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes ».

La question transmise est ainsi rédigée : l'article 421-2-5-2 est-il conforme à la Constitution :

« En ce qu'il a été réintroduit par le législateur malgré une décision rendue par le Conseil constitutionnel, en date du 10 février 2017, laquelle a expressément indiqué qu'une telle incrimination n'apparaissait pas nécessaire, dans son principe même, au sein d'une société démocratique ;

En ce qu'il incrimine et punit la consultation habituelle sans définir les critères permettant de qualifier une consultation d'habituelle, prévoit une exception de motif légitime non limitative et n'apporte aucune définition de la notion de terrorisme et de manifestation de l'adhésion à une idéologie ;

En ce qu'il atteint à la liberté de communication et d'opinion de tout citoyen en punissant d'une peine privative de liberté la seule consultation de messages incitant au terrorisme alors que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder, quand bien même cette dernière aurait manifesté son adhésion à l'idéologie véhiculée par ce service ;

En ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les personnes ayant accès à des tels messages, images ou représentations par un service de communication en ligne et celles y ayant accès par d'autres moyens et supports qu'un service de communication en ligne ;

En ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les citoyens souhaitant bénéficier d'un accès à de tels services et ceux excipant d'un motif légitime ou autorisés expressément par la loi ;

En ce qu'il punit de deux années d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la seule consultation, même habituelle, d'un service de

Droit de l'espace numérique

communication en ligne ;

En ce qu'il institue une présomption de mauvaise foi déduite de la seule consultation habituelle de ces services de communication en ligne » ?

La Cour de cassation estime légitime que le Conseil constitutionnel examine à nouveau l'article, remanié après sa précédente QPC du 10 février 2017, en relevant qu'une incertitude est susceptible de peser sur la notion de motif légitime rendant la consultation licite dès lors qu'elle n'est définie que par des exemples ; qu'il en est de même de la référence nécessaire à la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur le service concerné par l'auteur de la consultation.

Commentaire

La consultation habituelle des sites à caractère terroriste a d'abord été appréhendée dans le droit pénal comme élément constitutif de l'infraction d'entreprise terroriste individuelle (A). Puis, malgré l'opposition du gouvernement, elle est érigée en infraction autonome par la loi du 6 juin 2016 (B). Mais, par décision QPC du 10 février 2017, le Conseil constitutionnel la déclare contraire à la constitution (C). Quelques jours plus tard, dans le cadre de l'examen de la loi pour la sécurité publique, la commission mixte paritaire rétablit un article prenant en compte, selon ses auteurs, les considérants du Conseil constitutionnel (D).

A. Un élément constitutif de l'infraction d'entreprise individuelle

S'agissant de contenus à caractère terroriste, la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ne crée pas une incrimination semblable à celle qui est en vigueur pour les sites pédopornographiques qui pénalise directement la consultation habituelle de sites. Mais celle-ci fait partie de la liste des faits matériels qui, avec d'autres, sont les indices constitutifs de l'infraction d'entreprise individuelle définie par le nouvel article 421-2-6 du Code pénal.

Droit de l'espace numérique

Article 421-2-6 CP (créé par l'article 6 de la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme)

« I. Constitue un acte de terrorisme, le fait de préparer la commission d'une des infractions prévues au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par :

[...]

2° l'un des autres éléments matériels suivants :

[...]

c) consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ;

[...] »

Le texte voté par l'Assemblée nationale exclut la responsabilité pénale lorsque la consultation ou la détention résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou a pour objet de servir de preuve en justice. Ces exclusions ne sont plus mentionnées dans la loi promulguée, laissant au juge le soin d'apprécier le contexte d'une telle consultation et en premier lieu l'intention terroriste de leur auteur.

B. L'infraction autonome

La consultation habituelle d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations, soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes est finalement incriminée par la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Jean-Jacques Urvoas, alors garde des Sceaux, y était

Droit de l'espace numérique

opposé, arguant que la consultation de sites djihadistes est déjà l'un des critères constitutifs d'une entreprise individuelle terroriste. Le droit en vigueur suffisait donc, selon lui, pour atteindre les objectifs visés par les auteurs de l'amendement. Le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, Pascal Popelin, avait lui-même émis des doutes sur sa constitutionnalité.

Art. 421-2-5-2. CP (créé par la loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale - art. 18)

« Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de **bonne foi**, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice. »

C. La censure par le Conseil constitutionnel

L'article 421-2-5-2. du Code Pénal est censuré par le Conseil constitutionnel le 10 février 2017. Cet article a fait l'objet d'une QPC sur saisine de la Cour de cassation.

La Cour a considéré que cet article posait question :

« En ce qu'il incrimine et punit la consultation habituelle sans définir les critères permettant de qualifier une consultation d'habituelle, prévoit une exception de bonne foi sans en définir les contours et n'apporte

Droit de l'espace numérique

*aucune définition de la notion de terrorisme,
En ce qu'il atteint à la liberté de communication et d'opinion de tout citoyen en punissant d'une peine privative de liberté la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder,
En ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les personnes ayant accès à des tels messages, images ou représentations par un service de communication en ligne et celles y ayant accès par d'autres moyens et supports qu'un service de communication en ligne,
En ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les citoyens souhaitant bénéficier d'un accès à de tels services et ceux dits "de bonne foi" ou autorisés expressément par la loi,
En ce qu'il punit de deux années d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la seule consultation, même habituelle, d'un service de communication en ligne,
en ce qu'il institue une présomption de mauvaise foi déduite de la seule consultation de ces services de communication en ligne ».*

Le Conseil constitutionnel, s'appuyant sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, considère « qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions », la libre communication des pensées et des opinions est un droit qui implique l'accès à ces services. Cette liberté de communication implique la liberté de diffuser et la liberté de recevoir des idées.

Les atteintes à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. C'est sur cette trilogie que le Conseil se fonde pour censurer le texte.

Tout d'abord, la nécessité de l'article contesté n'est pas fondée. Selon les Sages, la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue à l'article 421-2-5-2 qui permettent d'agir

Droit de l'espace numérique

(association de malfaiteurs, provocation à la commission d'actes de terrorisme ou leur apologie, entreprise individuelle de terrorisme, etc.). Elle confère également de nombreux pouvoirs et capacités d'action à l'autorité administrative dans le cadre de la loi sur le renseignement (techniques spéciales de renseignement – Livre VIII titre V du Code de la Sécurité Intérieure). En matière de retrait, de blocage ou de déréférencement des sites à caractère terroriste, l'autorité judiciaire (art. 706-23 du CPP) et l'autorité administrative (art. 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) ne sont pas dépourvues de moyens d'action. Le Conseil constitutionnel considère donc que la justice et les services de police et de gendarmerie disposent de suffisamment de moyens juridiques pour lutter contre des consultations de sites à caractère terroriste.

L'adaptation et la proportionnalité sont contestées par le Conseil au motif que l'infraction punie d'une peine de deux ans d'emprisonnement est indépendante de toute volonté de commettre un acte terroriste ou de toute adhésion à l'idéologie portée par les sites visés. Elle fait peser une incertitude sur la licéité de leur consultation. En effet, la « bonne foi » censée exclure la pénalisation n'est guère explicitée par le texte ou par les travaux parlementaires. Ses contours sont trop flous.

Chronique d'une inconstitutionnalité annoncée ! Lors de l'examen d'un projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme (projet déposé le 11 avril 2012 et caduc après les élections), le Conseil d'État, saisi pour avis, avait considéré que « *de telles dispositions, sans véritable précédent dans notre législation ni équivalent dans celles des autres États membres de l'Union européenne, permettraient d'appliquer des sanctions pénales, y compris privatives de liberté, à raison de la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder. Le Conseil d'État a considéré que de telles dispositions portaient à la liberté de communication, dont une protection particulièrement rigoureuse est assurée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'Homme, une atteinte qui ne pouvait être regardée comme nécessaire, proportionnée*

Droit de l'espace numérique

et adaptée à l'objectif de lutte contre le terrorisme ».

Avant d'être reprise par la loi du 3 juin 2016, l'incrimination avait été adoptée en première lecture par le Sénat statuant, le 2 février 2016, sur une proposition de loi. Ceci explique son introduction en première lecture au Sénat. Son maintien après la commission mixte paritaire est sans aucun doute l'illustration d'une recherche de consensus sur le texte entre les deux assemblées.

Cette inconstitutionnalité n'a pas d'impact sur le délit de constitution habituelle de sites pédophiles.

D. La réécriture lors de l'examen de la loi sur la sécurité publique

Malgré les réserves émises par Pascal Popelin, rapporteur de la loi du 3 juin 2016 qui avait alors exprimé publiquement des réserves sur la constitutionnalité de l'article, la commission mixte paritaire, réunie pour finaliser la loi sur la sécurité publique, adopte un nouvel article, dont la rédaction, selon son auteur, Philippe Bas, devrait répondre aux conditions posées par le Conseil constitutionnel.

Le nouveau texte ne sanctionne plus la simple consultation : il faut qu'elle soit habituelle (inchangé) et s'accompagne, en plus, « *d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service* ». C'est une reprise mot à mot d'un des considérants de la décision QPC. Par ailleurs, il définit la notion de « motif légitime », lequel est caractérisé « notamment » en cas de « *consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes* ». Selon les travaux parlementaires, l'individu qui consulte régulièrement de tels sites, mais qui « prend le soin d'en dénoncer l'existence aux officiers de police judiciaire », ne sera pas poursuivi. Le seul signalement à la plateforme PHAROS sera-t-il suffisant ?

Droit de l'espace numérique

La nature de la manifestation de l'adhésion à l'idéologie n'est pas précisée. La difficulté, comme le souligne le député Dominique Raimbourg, c'est de définir ce qu'est la « *manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée* » sur le service que consulte l'intéressé sur son ordinateur : « *S'il est tout seul devant celui-ci, comment caractériser cette manifestation ? S'il n'est plus seul, il relève de l'apologie du terrorisme* »¹. Le rapport de la commission mixte paritaire évoque, par exemple, « *des correspondances avec des tiers les invitant à consulter ces mêmes sites ou faisant part de l'adhésion à cette idéologie, ou le fait que, pendant une perquisition, on trouve certains objets qui attestent de l'adhésion de l'individu à cette idéologie* ».

La nouvelle infraction n'est-elle pas proche, dans sa nouvelle rédaction, du délit d'entreprise individuelle terroriste qui comprend elle-même cette adhésion à l'idéologie terroriste ?

La loi corrige un certain nombre d'imperfections ayant motivé la censure du texte précédent. Répond-elle à l'exigence de nécessité ? Pour Philippe Bas, « *c'est précisément lorsque le ministère public et le tribunal correctionnel n'ont pas d'éléments démontrant qu'un individu met en œuvre une entreprise individuelle à des fins terroristes, ou participe à une association de malfaiteurs en vue de commettre un attentat terroriste, que ce délit est utile* ».

Art. 421-2-5-2 CP (version loi n°2017- du 28 février 2017 pour la sécurité publique)

Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende **lorsque cette consultation s'accompagne**

1. Rapports N°4466 (AN) et n°399 (Sénat) de MM. Goasdoué et Grosdidier au nom de la commission mixte paritaire.

Droit de l'espace numérique

d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service.

Constitue notamment un motif légitime tel que défini au premier alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice **ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes.**

N'ayant pas été déférée devant le Conseil constitutionnel par voie d'action, la loi a fait l'objet d'une QPC, voie d'exception, transmise par la Cour de cassation, le 4 octobre 2017.

Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – Ch. 2, arrêt du 22 septembre 2017 France.com Inc. / Atout France et l'État Français

Le mot « France » est un élément de l'identité de l'État Français. Il ne peut être utilisé dans un nom de domaine par une entreprise.

Au cours d'un litige opposant la société américaine France.com Inc. et la société de droit néerlandais Traveland Resorts, l'État Français et le GIE Atout France interviennent volontairement dans la procédure. Il s'agit de faire constater l'atteinte aux droits de l'État français sur le nom de son territoire et d'obtenir, outre le transfert à son profit de marques litigieuses, le transfert du nom de domaine « France.com ».

Le 27 novembre 2015, le tribunal correctionnel de Paris, après avoir rejeté l'exception d'incompétence au profit des juridictions américaines, donne raison à l'État français. Son jugement est porté en appel par la partie adverse.

Celle-ci argumente en prétendant qu'il résulte de la Constitution que le nom officiel de l'entité géographique « France » est « République

Droit de l'espace numérique

française » et que le nom officiel de son administration est « État français ». Par ailleurs, la République française n'a aucun droit de propriété matérielle ou immatérielle sur le mot « France ». France.com Inc ajoute que le mot France désigne une zone géographique et qu'il résulte de l'article 72 de la Constitution que la « France » n'est pas, juridiquement, une collectivité territoriale. En outre, l'État français ne dispose, selon l'appelant, d'aucun droit antérieur, au sens de l'article L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle sur le nom « France ». Pour achever sa démonstration, France.com.Inc. affirme que l'État français, disposant d'autres adresses Internet, « n'aurait pas besoin » du nom de domaine france.com.

Mais tel n'est pas le point de vue de l'État qui fonde son action à titre principal sur les dispositions de l'article L 712-6 du Code de la propriété intellectuelle. Il estime que l'enregistrement du nom de marque ou de domaine a été demandé « en fraude des droits d'un tiers ». Il a, en effet, des droits sur la dénomination « France » et ainsi vocation à être titulaire des marques litigieuses. Les marques sont trompeuses ou se heurtent à l'ordre public. Elles constituent une fraude aux intérêts de l'État à la protection d'une dénomination sur laquelle s'exerce sa souveraineté et se fonde son identité. Elles sont ainsi de nature à conférer au tour opérateur américain un monopole illégitime au regard de l'intérêt public général.

La Cour d'appel donne raison à l'État : « *considérant que contrairement à ce que soutient l'appelante, l'appellation « France » constitue pour l'État français un élément d'identité assimilable au nom patronymique d'une personne physique ; que ce terme désigne le territoire national dans son identité économique, géographique, historique, politique et culturelle, laquelle a notamment vocation à promouvoir l'ensemble des produits et services visés aux dépôts des marques considérées ; que le suffixe .com correspondant à une extension internet de nom de domaine n'est pas de nature à modifier la perception du signe* », le nom de domaine permettant d'accéder à un site Internet dédié au tourisme en France porte atteinte à l'appellation « France ». Il est porteur de confusion pour le grand public qui est susceptible de croire qu'il s'agit d'un service officiel bénéficiant de la caution de l'État français.

Droit de l'espace numérique

Cour d'appel de Poitiers, ch.soc., arrêt n°15/02550, 4 octobre 2017

Commet une faute grave l'employé qui procède à des téléchargements illicites sur l'ordinateur de l'entreprise.

De nombreux contentieux portent sur les relations de travail et tout particulièrement sur l'emploi des outils informatiques mis à la disposition des employés. Dans la veille de septembre 2017, nous avons commenté un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme (Arrêt Grande Chambre M. Barbulescu c. Roumanie du 5 septembre 2017) qui portait sur le contrôle par l'employeur de l'usage des outils informatiques mis à la disposition de l'employé.

L'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers concerne le téléchargement de fichiers par un employé sur l'ordinateur du magasin.

En l'espèce, la Cour était saisie en appel d'un jugement du conseil des prud'hommes de Poitiers, du 12 mai 2015. L'appelant, licencié pour faute grave, demandait notamment que ce licenciement soit déclaré abusif. Parmi les griefs invoqués par l'employeur, le téléchargement illégal de fichiers via le logiciel *torrente* sur le PC du magasin. Le signalement par Hadopi est le point de départ de la procédure. Les fichiers, récupérés après effacement par l'employé, étaient relatifs à des films et des vidéos pornographiques placés dans un dossier intitulé « steph0000 ».

La Cour d'appel confirme la légalité du licenciement pour faute grave, considérant que l'employé, dont le nom apparaît sur les téléchargements illégaux, était seul à avoir l'usage de l'ordinateur. Elle ajoute que ces téléchargements illégaux pouvaient donner lieu à des poursuites pénales à l'encontre de l'employeur, titulaire de l'accès Internet, et à la privation de ce dernier de nature à mettre en péril l'existence de l'entreprise.

Droit de l'espace numérique

Tribunal correctionnel de Marseille, jugement du 7 juin 2017

Traitement de données à caractère personnel. Traitement de données à caractère médical, effectué sciemment sans autorisation de la CNIL

Une plaignante, faisant des recherches sur Internet, tape par curiosité son nom et son prénom sur le moteur de recherche Google. Un résultat s'affiche, avec ses nom, prénom et l'inscription « dossier enfant » avec son numéro de sécurité sociale. Apparaît alors un site, « [http://www.dbsi.eu/n et d/ consultation dossier enfant.asp](http://www.dbsi.eu/n_et_d/consultation_dossier_enfant.asp) », avec un menu déroulant comprenant des noms et prénoms précédés d'un numéro de sécurité sociale. Y figure le dossier de la naissance de son fils, né à l'Hôpital Nord de Marseille, comportant des informations précises à caractère médical relatives au nouveau-né. La plaignante accède également sans difficulté aux autres dossiers contenus dans le site.

Comme le souligne un rapport de l'OCLAESP joint à la procédure, les données médicales sont des informations sensibles qui nécessitent un haut niveau de sécurité. En application des dispositions de la loi Informatique et Liberté du 16 janvier 1978, elles ne peuvent être utilisées et divulguées que dans des conditions définies par la loi et imposent aux professionnels de santé, comme aux responsables de fichiers, de prendre les mesures nécessaires pour garder notamment leur confidentialité et limiter leur accessibilité à des personnes habilitées notamment en raison de leurs fonctions. Le non-respect de cette obligation de sécurité, par négligence ou par l'absence de mesures de sécurité, est prévu et sanctionné par la Loi Informatique et Liberté et l'article 226-17 du Code pénal.

Les professionnels de santé doivent, avant de mettre en œuvre un dossier médical partagé accessible via Internet, adresser une demande d'autorisation préalable auprès de la Commission Nationale de l'Informatique et des Liberté en application des articles 26 et 27 de la loi 7817 du 6 janvier 1978.

Ayant été reconnu responsable de la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère médical, effectué sciemment sans autorisation de

Droit de l'espace numérique

la CNIL, le médecin est condamné à 5000 euros d'amende sur la base de l'article 226-16 du Code pénal, ce qui est peu, comparé avec la peine encourue de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

LÉGISLATION – RÉGLEMENTATION

Décret n°2017-1435 du 29 septembre 2017

Ce décret, pris en application de l'article 50 de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, est relatif à la fixation d'un seuil de connexions à partir duquel les opérateurs de plateformes en ligne élaborent et diffusent des bonnes pratiques pour renforcer la loyauté, la clarté et la transparence des informations transmises aux consommateurs.

Il concerne, selon l'article L.111-7 du Code de la consommation, toute personne dont l'activité professionnelle est de proposer un service de communication au public en ligne reposant soit sur le classement, le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers, soit sur la mise en relation, par voie électronique, de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service. Ce seuil, précisé par l'article D.111-5 du Code de la consommation, est de cinq millions de visiteurs uniques par mois, par plateforme, calculé sur la base de la dernière année civile.

Lorsqu'il est atteint ou dépassé, l'opérateur de plateforme en ligne doit préciser :

1°) les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ;

2°) l'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le déréférencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ;

Droit de l'espace numérique

3°) la qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque les consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels.

Actualité pénale

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

LE TÉMOIN ASSISTÉ N'EST PAS PARTIE À LA PROCÉDURE – PAS DE QUALITÉ POUR FORMER UN POURVOI EN CASSATION

Assemblée plénière, Cour de cassation, 13 octobre 2017, arrêt n° 633, n° 17-83620, pub. Bull. à venir

L'arrêt rendu par l'Assemblée Plénière le 13 octobre 2017 apporte une précision intéressante sur une question de procédure pénale dans une affaire politique fortement médiatisée, l'affaire Karachi. La commission d'instruction de la Cour de Justice de la République a écarté la prescription de l'action publique visant ces faits qui était soutenue par l'ancien Premier ministre, Édouard Balladur, témoin assisté dans le cadre de la procédure. Ce dernier forme un pourvoi en cassation. Sans même examiner les moyens du pourvoi, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation le déclare irrecevable car, même s'il était nommé cité dans les réquisitions du ministère public, « cette seule circonstance ne lui conférait pas la qualité de partie ».

La Cour de cassation accompagne son arrêt d'une note explicative. Les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de Justice de la République peuvent faire l'objet de voies de recours extraordinaires par l'objet de pourvois en cassation portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Selon l'article 567 du Code de procédure pénale, le pourvoi peut être formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief. Avant même d'examiner les moyens du pourvoi, l'assemblée plénière doit donc se pencher sur les conditions de recevabilité du pourvoi, à savoir, la qualité de partie et l'existence d'un grief.

L'assemblée plénière commence par examiner la première condition qui pose une question juridique intéressante, mais à double détente. En premier lieu, la personne citée nommément dans le réquisitoire aux fins d'informer a-t-elle la qualité de partie ? Deux précisions supplémentaires ajoutaient à sa complexité. D'une part, la décision de

Actualité pénale

la commission d'instruction rejetant la prescription de l'action publique est intervenue avant la mise en examen de l'ancien Premier ministre. Implicitement, cette dernière s'est donc prononcée sur les observations juridiques soutenues par ce dernier et a reconnu son implication dans la procédure. D'autre part, si le fait que ce dernier soit nommément cité dans le réquisitoire est de nature à lui conférer la qualité de partie, ce qu'il soutenait, il ne prend officiellement connaissance de cet élément qu'au moment de sa mise en examen. En l'état, l'article 105 du Code de procédure pénale dans sa rédaction retenue par la loi n°93-1013 du 24 août 1993 assimile les témoins nommément visés dans le réquisitoire introductif aux parties (« Toutefois, lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir mettre en examen une personne nommément visée par le réquisitoire du procureur de la République, il peut l'entendre comme témoin après lui avoir donné connaissance de ce réquisitoire. Cette personne bénéficie des droits reconnus aux personnes mises en examen »). L'application de cette règle conduisait à considérer le pourvoi recevable, le témoin ayant la qualité de partie. Néanmoins, cette solution a été remise en cause par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

En second lieu, l'examen du droit positif conduit à se pencher sur le statut du témoin assisté. La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes a créé le statut de témoin assisté qui accorde des droits spécifiques à la personne nommément visée par le réquisitoire introductif, selon les articles 113-1 et suivants du Code de procédure pénale, créant un régime juridique hybride se plaçant entre celui de la partie au procès et celui de témoin. Si le témoin assisté bénéficie de l'assistance d'un avocat, du droit à l'information, à l'interprétation et à la traduction, ce qui le rapproche du statut de partie au procès pénal, il ne peut subir des mesures de contrainte, tels le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence ou la détention provisoire, ce qui le rapproche de la protection accordée au témoin. Néanmoins, il n'est ni témoin (car il ne prête pas serment), ni partie. À tout moment de la procédure, le témoin assisté peut demander au juge d'instruction sa mise en examen. À partir de ce moment, il bénéficie de l'ensemble des droits de la défense reconnus au mis en examen. Le degré de protection du témoin assisté est inférieur et les voies de recours ne lui sont pas ouvertes dans les

Actualité pénale

mêmes conditions qu'au mis en examen. Par ailleurs, le juge d'instruction peut, à tout moment au cours de la procédure, procéder à la mise en examen du témoin assisté si des indices graves ou concordants apparaissent.

L'application conjointe de ces deux conceptions aboutit à une incohérence. La personne nommément visée dans un réquisitoire introductif se verrait reconnaître plus de droits que le témoin assisté, ce qui constitue une interprétation contraire à la loi du 15 juin 2000 qui a voulu procéder à une élévation de la protection de la personne soupçonnée, en introduisant ce statut hybride entre partie et témoin. Cette volonté du législateur est visible dans l'abandon du dernier alinéa de l'article 105 qui assimilait la partie citée dans le réquisitoire introductif à une partie. La jurisprudence de la Cour de cassation a parfaitement appliqué cette règle et l'évolution légale n'a jamais été remise en cause. La règle spéciale de la procédure devant la Cour de Justice de la République (l'article 19 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993), obligeant à prendre le réquisitoire contre une personne dénommée, n'est pas de nature à soustraire l'individu au régime général accordé par la procédure pénale. Or, en vertu de l'article 113-1 du Code de procédure pénale, « toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif ou par un réquisitoire supplétif et qui n'est pas mise en examen ne peut être entendue que comme témoin assisté ». L'ancien Premier ministre bénéficiait donc de la protection accordée au témoin assisté, mais aussi des inconvénients de ne pas être assimilé à une partie. L'assemblée plénière décide, à juste titre, que le pourvoi est irrecevable, sans examiner les moyens ou l'autre condition de recevabilité.

Cependant, si la Cour de cassation n'examine pas dans son arrêt l'existence du grief permettant à une partie d'exercer une voie de recours, il peut être noté que, dans sa note explicative, elle indique que la règle jurisprudentielle relative à la contestation de la prescription et l'absence d'autorité de chose jugée d'une telle décision a été modifiée par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant

Actualité pénale

l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. L'article 82-3 du Code de procédure pénale exige que la personne soutenant que la prescription de l'action publique était acquise au moment de sa mise en examen ou de sa première audition comme témoin assisté formule sa demande dans les six mois suivant cet acte, sous peine d'irrecevabilité.

NOTES D'INFORMATION DES ATTACHÉS D'AMBASSADE ASSIMILÉS À DE SIMPLES RENSEIGNEMENTS

Crim. 19 septembre 2017, n° 17-82317, publ. Bull. à venir

L'énigme Basmadjian, présentée par les médias comme le « premier enlèvement d'un étranger sur le sol soviétique », rebondit et la Chambre criminelle apporte une précision juridique très importante dans une affaire qui dure depuis près de trois décennies. Le propriétaire d'une galerie d'art parisienne a disparu lors d'un voyage d'affaires à Moscou en 1989. Il a rejoint, selon plusieurs témoins, un homme et est monté dans son véhicule. Ce dernier a rejoint deux comparses en Pologne d'où ils sont partis pour Israël où ils auraient changé d'identité. La victime enlevée n'a plus jamais donné signe de vie. Sa femme et son fils ont porté plainte et une instruction a été ouverte. Des éléments intéressants ont été recueillis dans le cadre d'une procédure sur des faits distincts d'extorsion menée en Autriche. Le chauffeur du véhicule qui a enlevé la victime, dont le recours à une autre identité a été confirmé par les investigations, a été condamné pour vol avec arme suivi de mort au Canada. Après l'exécution de sa peine dans ce pays, il a été extradé en France et mis en examen dans le cadre de l'instruction pour la disparition du propriétaire de la galerie d'art. Le juge d'instruction délivre une commission rogatoire aux autorités de la République populaire de Chine, afin de déterminer l'adresse de la victime de l'extorsion commise en Autriche qui avait un lien avec l'enlèvement, pour lui remettre une convocation afin de l'entendre comme témoin en France. Les autorités chinoises ne répondent pas. Après une attente de près d'un an, l'attaché de sécurité intérieure de l'ambassade de France à

Actualité pénale

Pékin recherche cette personne et la contacte. La personne se rend à l'ambassade, après avoir appris les raisons de cette recherche, elle explique dans le détail les raisons légitimes de craindre pour sa sécurité et celle de sa famille. Il la rencontre ensuite dans un hôtel pour essayer de la convaincre de revenir sur sa décision, mais sans résultat. Il établit une note rendant compte des entretiens avec cette personne. Il relate notamment les motifs de sa présence en Chine qui est la crainte de représailles de la part de membres de la criminalité organisée russe et, plus particulièrement, de la personne extradée du fait d'informations en sa possession relatives à la disparition de la victime. Les détails sur l'implication de cette personne dans l'enlèvement sont des éléments qui figurent, pour la plupart, dans la procédure autrichienne. Une seconde note rend compte de la confirmation du refus de la personne de se rendre à la convocation du juge d'instruction français et des motifs de ce refus déjà évoqués. Le mis en examen dépose une requête en annulation des deux notes établies par l'attaché de l'ambassade.

La Chambre de l'instruction refuse l'annulation des notes des attachés de l'ambassade au motif que ce sont des éléments soumis à la libre discussion des parties, car ils valent comme simples renseignements. À ce titre, ils ne sont pas des actes annulables, au sens de l'article 170 du Code de procédure pénale, car, d'une part, ils ne sont pas assimilés à des actes de police judiciaire dans la mesure où les attachés n'ont usé d'aucun pouvoir coercitif et, d'autre part, n'ont pas porté atteinte à la souveraineté de l'État requis puisqu'ils ne se sont pas placés dans le cadre de l'entraide internationale répressive. Ils ont engagé « des pourparlers avec un témoin, qu'il soit à charge ou à décharge, afin de le convaincre de témoigner dans un important dossier criminel ».

Le pourvoi en cassation demande l'annulation de ces actes, car ils violent les principes du contradictoire et des droits de la défense énoncés par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, les dispositions relatives à l'entraide en matière répressive et le décret n° 2007-1450 du 9 octobre 2007 portant publication de l'accord d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République populaire de Chine signé à Paris le 18 avril 2005. Les attachés d'ambassade ont violé les formalités obligatoires en matière d'entraide internationale en matière

Actualité pénale

répressive en agissant sur le terrain de l'État requis sans en respecter la procédure. En effet, ils ont procédé à des auditions sur le territoire d'un Etat étranger sans la commission rogatoire expresse du juge d'instruction, ni l'accord des autorités compétentes de l'État étranger. Ils ont ainsi excédé les pouvoirs qui leur sont accordés par leur statut. Ces critiques reposent sur le postulat que les attachés de l'ambassade possèdent la qualité d'officier de police judiciaire et accomplissent, par conséquent, des actes de police judiciaire. De surcroît, ces notes versées au dossier de procédure « avaient été déterminantes dans la mise en cause du mis en examen ». Dès lors, elles devaient être considérées comme des « éléments de preuve à charge [ayant] perdu leur caractère de simples renseignements ».

La Chambre criminelle rejette le pourvoi. Elle considère que « les renseignements transmis par les attachés de sécurité intérieure, réalisés en application des dispositions régissant l'organisation des services de sécurité intérieure au sein des missions diplomatiques à l'étranger, ne constituent pas des actes de police judiciaire et sont seulement destinés à guider d'éventuels actes d'investigation des autorités françaises, de sorte que ces éléments, le cas échéant soumis au débat contradictoire devant la juridiction de jugement dans le respect des droits de la défense, ne peuvent, en application du dernier alinéa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, servir d'unique fondement à une déclaration de culpabilité ». En revanche, la Cour de cassation considère que le fait d'exclure « les deux notes en cause des actes ou pièces de la procédure susceptibles d'annulation au sens des articles 170 et 173 du Code de procédure pénale » constitue un motif erroné, mais surabondant, donc ne produisant pas d'effet sur la validité des pièces.

L'arrêt a le mérite de préciser deux règles. D'une part, les activités des attachés de sécurité intérieure s'inscrivent dans le cadre de l'organisation des services de sécurité intérieure au sein des missions diplomatiques à l'étranger et sont exclus, *de facto*, de l'entraide internationale en matière répressive. D'autre part, les notes établies par les attachés des ambassades ne sont pas exclues des actes

Actualité pénale

de procédure annulables puisque les articles 170 à 173 du Code de procédure pénale sont applicables. Néanmoins, ces actes valent à titre de simples renseignements et ne sont pas des actes de police judiciaire. Mais ils reçoivent un statut particulier, car ils ne peuvent pas servir d'unique fondement à la déclaration de culpabilité. Deux enseignements peuvent en être tirés. Les déclarations ne peuvent être utilisées contre la personne, dans le prolongement du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Par voie de conséquence, l'assistance de l'avocat est essentielle et constitue le garde-fou de ce droit matriciel des droits de la défense.

ENREGISTREMENT AUDIOVISUEL D'AUDIENCE DANS UN INTÉRÊT HISTORIQUE

Crim. 29 septembre 2017, n° 17-85774, publ. Bull. à venir

L'affaire Merah donne lieu à des débats juridiques, politiques, policiers importants et suscitent des réflexions dans des domaines parfois inattendus, au procès d'Abdelkader Merah, frère de Mohammed Merah. Au cours d'une série d'attentats terroristes, ce dernier a tué trois militaires et quatre civils, dont trois enfants, et est mort lors de son arrestation au cours d'un affrontement avec les forces de l'ordre. Son grand frère, Abdelkader Merah, est poursuivi devant la Cour d'assises spécialement composée pour complicité d'assassinats au préjudice de militaires français, de familles de confession juive et de tentative de meurtres à l'encontre de fonctionnaires de police, de trafic d'armes en lien avec une entreprise terroriste. Un autre individu ayant aidé Mohammed Merah pour le vol du scooter est poursuivi pour association de malfaiteurs. Les parties civiles ont demandé l'enregistrement audiovisuel et sonore du procès en application de l'article L 221-1 du Code du patrimoine. Ce dernier prévoit que l'enregistrement peut être autorisé lorsqu'il « présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ». Compétence est donnée pour « les juridictions de l'ordre judiciaire, le premier président pour la Cour de cassation ; pour la cour d'appel et pour toute autre juridiction de son ressort, le premier

Actualité pénale

président de la cour d'appel ». Le Code du patrimoine fixe les conditions juridiques et matérielles de cet enregistrement. Du point de vue juridique, « avant toute décision, l'autorité compétente recueille les observations des parties ou de leurs représentants, du président de l'audience dont l'enregistrement est envisagé et du ministère public. Elle fixe le délai dans lequel les observations doivent être présentées et l'avis doit être fourni ». Du point de vue matériel, « les enregistrements sont réalisés dans des conditions ne portant atteinte ni au bon déroulement des débats ni au libre exercice des droits de la défense », à partir de points fixes. L'article L 222-1 du même Code fixe les règles en matière de diffusion et dispose : « L'enregistrement audiovisuel ou sonore est communicable à des fins historiques ou scientifiques dès que l'instance a pris fin par une décision devenue définitive » et donne compétence au Président du tribunal de grande instance de Paris ou par le juge qu'il délègue à cet effet pour autoriser la reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle, de cet enregistrement, « après que toute personne justifiant d'un intérêt pour agir a été mise en mesure de faire valoir ses droits ». Après cinquante ans, la reproduction et la diffusion des enregistrements audiovisuels ou sonores sont libres, sauf pour les crimes contre l'humanité où elles peuvent être autorisées dès que ce procès a pris fin par une décision devenue définitive.

Le Premier Président de la Cour d'appel de Paris a rejeté par une ordonnance non susceptible d'appel la demande d'enregistrement des débats émanant des parties civiles. Ces dernières ont formé un pourvoi en cassation reposant sur trois moyens d'importance inégale. D'une part, l'ordonnance rejette l'enregistrement audiovisuel, mais ne se prononce pas sur l'enregistrement sonore, ce qui ne vide pas sa saisine. La Cour de cassation rejette le moyen en considérant que le dispositif et les motifs de l'ordonnance montrent que la demande a été rejetée dans son intégralité. D'autre part, la procédure n'a pas respecté le principe du contradictoire, puisque les arguments des différentes parties impliquées n'ont pas été communiqués afin de permettre une discussion contradictoire devant le juge. La Cour de cassation rejette facilement cet argument en faisant application de l'article L 222-1 du Code du patrimoine. En vertu de ce dernier, la décision du juge compétent « ne revêt par le caractère d'un acte juridictionnel devant être

Actualité pénale

soumis au débat contradictoire ». Le texte impose une seule obligation – de recueillir les observations de toutes les parties, sans plus de précision, même si on peut noter que, dans le cadre de la diffusion, la liste est plus large, car on sollicite « toute personne justifiant d'un intérêt pour agir a été mise en mesure de faire valoir ses droits ». La Cour de cassation ajoute même que « l'ordonnance ne se prononçant ni sur une contestation de caractère civil, ni sur le bien-fondé d'une accusation, les droits de la défense n'ont pas été méconnus ». Elle prévient ainsi une critique d'inconventionnalité reposant sur l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le Code du patrimoine préserve le principe d'égalité des armes en permettant au juge de recueillir les observations de toute personne intéressée à la procédure, il garantit qu'aucune d'entre elles ne se trouve dans une position désavantageuse par rapport aux autres. En revanche, n'étant pas en matière pénale ou civile, l'ensemble des droits de la défense, dont le principe du contradictoire, ne peut être imposé. Enfin, le dernier moyen est le plus intéressant, car il critique l'appréciation même du Premier Président de la Cour d'appel de Paris.

L'ordonnance refuse l'enregistrement audiovisuel des débats judiciaires. Le Premier Président se penche sur l'affaire Merah et lui reconnaît un caractère exceptionnel en affirmant « qu'il est incontestable que les crimes commis par Mohammed M. ont eu un retentissement international funeste, en raison de la qualité des victimes dont certaines étaient de jeunes enfants, dans des conditions dans lesquelles les actes ont été commis, et du contexte international dominé par l'actualité sur le terrorisme », que malgré la mort de l'auteur des faits, « le climat imposé par le terrorisme international s'est considérablement alourdi depuis les attentats commis ces dernières années sur le sol national et a profondément marqué nos concitoyens ». Mais le magistrat ne se laisse pas emporter par ce contexte et revient à l'appréciation de l'affaire qui lui est soumise. « Toutefois, l'extrême gravité des faits reprochés aux accusés et le contexte (...) ne présentent pas un intérêt qui justifierait que soit procédé à un enregistrement audiovisuel des débats de nature à enrichir les archives historiques de la justice au sens de l'article L 222-1 du Code du patrimoine ». Le juge tente de bâtir un syllogisme judiciaire rigoureux, mais il lui manque un élément essentiel, ce qui est exploité

Actualité pénale

par le pourvoi. Le Premier Président dessine le contexte global du terrorisme dans lequel s'inscrit cette affaire. Néanmoins, juge, au sens noble du terme, il s'extrait de la passion de son temps et ne procède pas à une appréciation dictée par les préoccupations du moment qui fixent une ligne de conduite, mais par l'intérêt de la Justice. L'exceptionnelle gravité judiciaire de l'affaire ne doit pas se confondre avec la gravité juridique exceptionnelle de certains faits. On pourrait presque penser qu'il manque un J majuscule aux archives de la Justice visées par l'ordonnance, tant leur considération guide l'appréciation du juge. Le Premier Président de la Cour d'appel de Paris fait de l'interprétation téléologique de l'article L 222-1 du Code du patrimoine.

La loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, modifiée par la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, permet à la Justice de se doter d'une « mémoire vivante », en permettant de garder des enregistrements sonores ou audiovisuels des grands procès afin de permettre leur diffusion et de les utiliser comme moyen de transmission des connaissances et de formation. Néanmoins, cette entrée des caméras dans les prétoires ne devait pas être l'avènement d'une justice spectacle diffusant en direct les procès, même si l'époque actuelle de l'information diffusée en continu pose un certain nombre de questions. La Justice devait rester à l'abri des passions de son époque et la solennité des audiences la préserver des excès. Pour ce faire, la loi prévoit l'enregistrement dans « un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ». Deux observations peuvent être faites ici. En premier lieu, l'intérêt général suscité par une affaire ne se superpose pas à l'intérêt historique de la justice, qui doit rester plus étroit et donc, plus sélectif. Ensuite, on peut remarquer que la loi ne retient pas de critères identiques pour l'enregistrement et la diffusion. L'article L 222-1 du Code du patrimoine est relatif à « la reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle » et vise « des fins historiques ou scientifiques ». L'enregistrement, acte initial, se fonde exclusivement sur l'intérêt historique, alors que sa conséquence, la diffusion, s'enrichit de l'intérêt scientifique. Scission entre les sciences humaines et exactes ou complémentarité des analyses, la formule retenue par la loi ne permet pas d'en décider. Toujours est-il que l'arrêt du 29 septembre 2017 se

Actualité pénale

penche exclusivement sur l'intérêt historique.

La décision du Premier Président conteste à l'affaire Merah un intérêt historique pour les archives de la Justice. Réduite à son volet juridique, l'affaire porte sur la responsabilité pénale d'un complice, jugé comme participant accessoire par le droit pénal français, même si les juges se penchent sur le rôle moteur d'instigateur joué par le grand frère dans les actes atroces commis par son cadet. Des qualifications d'assassinats, de meurtres avec préméditation, inspirés par un mobile terroriste, qui, malheureusement, se sont multipliés ces dernières années. Des victimes multiples, un mode opératoire bien organisé, à la fois fourbe et d'une extrême cruauté, un contexte national et international tendu, sont les éléments d'une affaire hors norme. Mais le Premier Président de la Cour d'appel de Paris considère que ce qui est hors norme aujourd'hui et intéresse la société ne coïncide pas avec ce qui est hors norme d'un point de vue de l'appréciation spatiale et temporelle. La ferveur médiatique tombée, ce procès restera-t-il dans les annales de la Justice ? À en croire le juge, la réponse est négative. Restera-t-il dans les annales de l'Histoire ? Pas plus. Pour en être pleinement convaincu, il aurait fallu que la Cour de cassation définisse l'intérêt historique, si elle n'était pas interrogée directement sur l'intérêt scientifique. En se contentant de rejeter le pourvoi laconiquement en reprenant les termes mêmes de l'article L 221-1 du Code du patrimoine, la Cour de cassation prête le flanc à la critique, non pas en raison du contenu de sa décision, mais de la méthode employée. Il est nécessaire de définir le critère afin de permettre aux juges de l'appliquer et aux parties de comprendre leur décision. Dans le silence de la Cour de cassation, toutes les critiques et spéculations sont permises. Dans les six procès qui ont été enregistrés jusqu'à aujourd'hui, cinq étaient relatifs aux crimes contre l'humanité, un seul portait sur des infractions involontaires, mais dans une affaire hors normes, l'affaires de l'explosion de l'usine AZF de Toulouse. On ne peut pas conclure que la procédure d'enregistrement est réservée aux crimes contre l'humanité, ce qui aurait été contraire aux textes, on ne peut pas non plus comprendre le critère retenu par les juges – gravité du comportement ou de l'état d'esprit de l'auteur (plusieurs victimes, mais dans un cas l'infraction est volontaire et dans l'autre involontaire) ; retentissement auprès de la population (pas de véritable gradation). Il

Actualité pénale

serait souhaitable que la Cour de cassation définisse le critère avant de se voir imposer une casuistique de concurrence entre des intérêts divers reconnus et protégés.

BRÈVES

CONTRÔLES D'IDENTITÉ - ARTICLE 78-2-2 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

Crim. 13 septembre 2017, n° 16-83986, publ. à venir Bull.

Le procureur de la République, en application de l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale, a prévu des contrôles d'identité et visites de véhicules sur le territoire de deux communes trois fois pendant trois heures par jour, horaires définis en fonction des escales de ferries, pendant tout le mois janvier 2017. Deux personnes ont été contrôlées, interpellées et poursuivies du chef d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'étrangers en France. Déclarées coupables, elles ont interjeté appel. La Cour d'appel infirme le jugement, renvoie les personnes poursuivies des fins de la poursuite en considérant que « les réquisitions ayant autorisé le contrôle dont [elles] ont fait l'objet, sont contraires au texte précité en ce qu'elle permettaient de multiplier des contrôles identiques pour une durée globale supérieure à 24 heures sans que cette période de temps ait été reconduite par décision expresse et motivée de ce magistrat ». La Cour de cassation approuve cette lecture de l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale qui prévoit que sur « réquisitions écrites du procureur de la République, dans les lieux et pour la période de temps que ce magistrat détermine et qui ne peut excéder vingt-quatre heures, renouvelables sur décision expresse et motivée selon la même procédure, les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints [...] peuvent procéder aux contrôles d'identité prévus au septième alinéa de l'article 78-2, aux fins de recherche et de poursuite des infractions » énumérées par une liste limitative. Par conséquent, la Chambre criminelle affirme « qu'en effet, l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale n'autorise pas le

Actualité pénale

procureur de la République à organiser, par une réquisition unique, des contrôles d'identité répartis sur plusieurs jours, mais seulement sur une période maximum de 24 heures consécutives ».

ENREGISTREMENT DE L'INTERROGATOIRE DE PREMIÈRE COMPARUTION

Crim. 19 septembre 2017, n° 81016, publ. Bull. à venir

Une personne a été interpellée en possession d'une importante quantité de cannabis et a été mise en examen du chef de crime de production et fabrication illicite de stupéfiants. Le juge d'instruction a procédé à l'interrogatoire de première comparution dans lequel il lui a notifié les faits, auquel l'avocat a refusé d'assister. Constatant que cet interrogatoire n'a pas été enregistré, formalité obligatoire en matière criminelle, le juge d'instruction a décidé de procéder à un nouvel interrogatoire de première comparution filmé moins d'une heure après le premier. Le mis en examen n'a fait aucune déclaration et a été placé en détention provisoire. Trois mois après, le juge d'instruction a fait connaître à cet individu qu'il n'était plus mis en examen du chef de crime, mais d'un chef correctionnel d'infraction à la législation sur les stupéfiants. Il a contesté sa détention provisoire et demandé l'annulation des actes de la procédure. La Chambre de l'instruction a refusé l'annulation de l'interrogatoire de première comparution au motif « que l'action du juge d'instruction n'a pas consisté à substituer un nouvel interrogatoire de première comparution à celui précédemment réalisé, qu'il estimait entaché de nullité, en modifiant le contenu de celui-ci, mais qu'il s'est agi uniquement d'exécuter une opération matérielle pour en assurer l'enregistrement conformément aux dispositions de l'article 116-1 du Code de procédure pénale ; que les juges retiennent que l'imédiateté ainsi que la continuité temporelle de la réalisation de ces deux opérations confèrent aux deux procès-verbaux successifs une indivisibilité qui ne permet pas de considérer que le second, qui est une copie conforme du premier, avait vocation, en la circonstance, à se substituer à celui-ci ; qu'ils ajoutent qu'en raison de cette indivisibilité et de l'enregistrement audiovisuel effectué conformément à la loi, il n'y a pas lieu d'annuler les

Actualité pénale

deux actes critiqués ainsi que l'ordonnance de placement en détention provisoire ». La Cour de cassation casse l'arrêt en considérant que le juge d'instruction a commis un excès de pouvoir puisqu'il a corrigé lui-même l'irrégularité formelle de l'interrogatoire de première comparution découlant de l'absence d'enregistrement audiovisuel. Elle saisit l'occasion pour formuler un attendu de principe. « Attendu que le juge d'instruction ne saurait, sans excès de pouvoir, recommencer un interrogatoire de première comparution qu'il estime entaché d'irrégularité ; qu'en procédant ainsi, il empiète sur les attributions de la chambre de l'instruction, seule compétente, pendant l'information judiciaire, pour en apprécier la régularité, sous le contrôle de la Cour de cassation ».

CRÉATION DU PARQUET EUROPÉEN - RÈGLEMENT EUROPÉEN 12 octobre 2017

Les ministres de la Justice de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil Justice et Affaires intérieures de 20 États membres, dont la France et l'Allemagne, ont adopté officiellement le 12 octobre 2017 la création du Parquet européen, constituant une avancée considérable dans l'approfondissement de l'espace judiciaire européen. Il sera composé d'un procureur par État membre et de plusieurs procureurs européens délégués au sein de chaque État membre, qui seront chargés de la conduite des enquêtes. Il aura à sa tête un Chef du Parquet européen, assisté de deux adjoints. Il sera basé à Luxembourg, siège également de la Cour de justice de l'Union européenne.

Le Parquet européen sera compétent dans un premier temps pour poursuivre les auteurs de fraudes aux intérêts financiers de l'Union européenne (fraudes graves à la TVA, détournements de subventions européennes, corruption de fonctionnaires européens...), mais sa compétence pourra être étendue à l'avenir à la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée. Le Parquet européen commencera à fonctionner d'ici trois ans, soit à la fin de l'année 2020.

Police administrative

Par M. Ludovic Guinamant

Le Conseil constitutionnel et le contrôle du fichier de Traitement d'antécédents judiciaires (TAJ)

Conseil constitutionnel, 27 octobre 2017, n°2017-670 QPC

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 1^{er} août 2017 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt n° 2118 du 26 juillet 2017), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 230-8 du Code de procédure pénale.

Le requérant est un ressortissant allemand poursuivi en 2015 pour des faits de violences volontaires n'ayant pas entraîné une interruption totale de travail supérieure à huit jours, avec usage d'une arme. Par un jugement en date du 21 mai 2015, devenu définitif, le tribunal correctionnel l'a déclaré coupable de ce délit et a prononcé en sa faveur une dispense de peine. Il a par la suite sollicité du procureur de la République l'effacement des données personnelles le concernant dans le TAJ et dans le Fichier automatisé des empreintes digitales (FAED). Au soutien de sa requête, il faisait valoir que, dans la mesure où l'infraction n'avait donné lieu à aucune condamnation, puisqu'il avait bénéficié d'une dispense de peine, l'inscription de ses données personnelles ne présentait aucune nécessité au regard de la finalité de chacun des fichiers concernés. Le procureur de la République a rejeté sa requête au motif, notamment, que l'article 230-8 du CPP ne prévoit de règle d'effacement anticipé des données enregistrées dans le TAJ « *qu'en cas de décisions de relaxe, d'acquiescement, de non-lieu ou de classement sans suite* ».

Le requérant a formé deux recours devant le président de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Chambéry, l'un pour contester l'inscription de ses données dans le FAED, l'autre dans le fichier TAJ. Sa demande d'effacement du FAED a été accueillie en appel mais pas

Police administrative

celle concernant le TAJ, le président de la Chambre de l'instruction ayant jugé, par une ordonnance en date du 21 novembre 2016, qu'une dispense de peine ne figure pas parmi les cas pour lesquels l'article 230-8 du CPP prévoit la possibilité de demander un effacement anticipé.

Il soutient devant le Conseil Constitutionnel que les dispositions du premier alinéa de l'article précité méconnaissent le droit au respect de la vie privée en ce qu'elles permettent aux seules personnes ayant bénéficié d'une décision d'acquittement, de relaxe, de non-lieu ou de classement sans suite d'obtenir un effacement anticipé des données à caractère personnel les concernant inscrites au sein d'un fichier de traitement TAJ. En excluant les personnes déclarées coupables d'une infraction mais dispensées de peine du bénéfice de cette mesure, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, compte tenu de la nature des données enregistrées, de leur durée de conservation, de la finalité de police du fichier et de son périmètre d'utilisation.

Il convient de rappeler qu'en prévoyant que le TAJ peut contenir les informations recueillies au cours d'une enquête ou d'une instruction concernant une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer à la commission de certaines infractions, le législateur a permis que figurent dans ce fichier des données particulièrement sensibles. Ainsi, l'article R. 40-26 du Code de procédure pénale prévoit que peuvent être enregistrés les éléments d'état civil, la profession ou la situation familiale de la personne et une photographie comportant des caractéristiques techniques permettant de recourir à un dispositif de reconnaissance faciale. L'article R. 40-27 du Code de procédure pénale prévoit également que les données enregistrées sont conservées pendant une durée comprise entre cinq et quarante ans selon l'âge de l'individu et la nature de l'infraction.

Le Conseil constitutionnel juge néanmoins, dans sa décision précitée du 27 octobre 2017, qu'en privant les personnes mises en cause dans une procédure pénale, autres que celles ayant fait l'objet d'une décision

Police administrative

d'acquittement, de relaxe, de non-lieu ou de classement sans suite, de toute possibilité d'obtenir l'effacement de leurs données personnelles inscrites dans le fichier des antécédents judiciaires, les dispositions contestées portent une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée. Le premier alinéa de l'article 230-8 du Code de procédure pénale doit donc être déclaré contraire à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel suit donc le raisonnement du juge européen qui a déjà statué à plusieurs reprises sur la légalité des fichiers de police français. On peut citer quelques décisions : le FIJAIS (CEDH, 17 décembre 2009, *M.B. c. France*, n° 22115/06), le FAED, (CEDH, 18 avril 2013, *M. K. c. France*, n° 19522/09), le STIC (CEDH, 18 septembre 2014), le FNAEG (CEDH, 22 juin 2017). Dans ces décisions, le juge européen considère que les informations répertoriées dans un fichier tel que le STIC ou le TAJ ne sont pas considérées comme aussi intrusives que celles d'un fichier comportant des empreintes digitales (comme le FAED) ou génétiques (comme le FNAEG). Elles présentent un caractère intrusif non négligeable, en ce qu'elles font apparaître des éléments détaillés d'identité et de personnalité en lien avec des infractions constatées, dans un fichier destiné à la recherche des infractions. Dès lors, l'appréciation du caractère proportionné de la durée de conservation des données au regard du but poursuivi doit être faite en tenant compte de l'existence d'un contrôle indépendant de la justification de leur maintien dans le fichier, fondé sur des critères précis tels que la gravité de l'infraction, les arrestations antérieures, la force des soupçons pesant sur la personne, ou toute autre circonstance particulière.

Le Conseil constitutionnel a donc censuré le premier alinéa de l'article 230-8 du CPP, dans sa rédaction résultant de la loi du 3 juin 2016. Toutefois, il précise que c'est au législateur qu'il appartient de déterminer les modalités selon lesquelles ce droit à obtenir un effacement anticipé doit être élargi.

Police administrative

La radiation d'un officier général, placé en deuxième section, de l'armée

Conseil d'État, 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies, 22 septembre 2017, n°404921

Par un décret du Président de la République du 23 août 2016, M.K..., général de corps d'armée en deuxième section, a été radié des cadres par mesure disciplinaire pour manquement aux obligations de réserve et de loyauté auxquelles il était astreint à l'occasion d'une manifestation qui a eu lieu le 6 février 2016 à Calais.

Le 26 mai 2016, ce même général avait toutefois obtenu une relaxe devant le tribunal correctionnel de Boulogne pour des faits d'organisation d'une manifestation non autorisée et de participation à un attroupement après les sommations. Le général d'armée, dans son recours, considérait notamment qu'en raison de la relaxe prononcée par le juge judiciaire, l'autorité disciplinaire ne pouvait pas prononcer une sanction à son encontre.

Toutefois, le Conseil d'État rappelle, en premier lieu, que l'autorité investie du pouvoir disciplinaire ne s'est pas fondée sur la circonstance que M. K... aurait eu la qualité d'organisateur ou d'instigateur de la manifestation du 6 février 2016 mais sur le fait qu'il a participé à cette manifestation alors même qu'elle avait été interdite par arrêté préfectoral et que, n'ignorant pas cette interdiction, il a appelé à maintenir la participation à cette manifestation. Ce n'est donc pas le comportement ayant fait l'objet d'une relaxe devant le tribunal correctionnel qui a fait l'objet d'une sanction disciplinaire.

En effet, la haute juridiction administrative précise que M. K... a participé à une manifestation interdite par l'autorité préfectorale et a appelé au maintien de la participation à cette dernière alors qu'il n'ignorait pas cette interdiction, ainsi qu'il l'a reconnu dans le cadre de l'enquête disciplinaire. En outre, la section du contentieux rappelle qu'il a également pris publiquement la parole, devant la presse, au cours de

Police administrative

cette manifestation, pour critiquer de manière virulente l'action des pouvoirs publics, notamment la décision d'interdire la manifestation, et l'action des forces de l'ordre, en se prévalant de sa qualité d'officier général et des responsabilités qu'il a exercées dans l'armée, alors même qu'il ne pouvait ignorer, contrairement à ce qu'il soutient, le fort retentissement médiatique de ses propos.

Dans ces conditions, le Conseil d'État considère que les manquements aux obligations de réserve et de loyauté d'un officier général placé en deuxième section sont caractérisés et que compte tenu de leur gravité la sanction de radiation des cadres n'était pas disproportionnée.

Délivrance de visas pour les auxiliaires étrangers de l'armée française en Afghanistan

Conseil d'État, 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies, 16 octobre 2017, n°408374 et n°408344

Des ressortissants afghans ont été engagés comme interprètes au bénéfice des forces armées françaises présentes en Afghanistan. Au cours de l'année 2012, les autorités ont annoncé le retrait des troupes françaises de cet État. Les anciens interprètes ont alors sollicité des visas auprès de l'ambassade de France à Kaboul pour rejoindre la France avec leur famille afin de pouvoir déposer une demande d'asile en raison des menaces qui pèsent sur eux en Afghanistan.

Toutefois, le Conseil d'État, saisi dans le cadre d'un référé-liberté, rappelle que ni le droit d'asile, ni l'invocation des stipulations des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à raison de menaces susceptibles d'être encourues à l'étranger, n'impliquent de droit à la délivrance d'un visa d'entrée en France. En outre, « dans les cas où l'administration peut légalement disposer d'un large pouvoir d'appréciation pour prendre une mesure au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit, il est loisible à l'autorité compétente de définir des orientations générales pour l'octroi de ce

Police administrative

type de mesures sans que l'intéressé puisse se prévaloir de telles orientations à l'appui d'un recours formé devant le juge administratif ». Ainsi, les anciens interprètes ne peuvent pas se prévaloir des orientations générales arrêtées par les autorités françaises en vue de l'accueil en France de certains personnels civils recrutés localement pour servir auprès des forces françaises en Afghanistan.

Pour les requérants, il ne restait plus que l'examen de leurs situations particulières, une erreur manifeste d'appréciation pouvant censurer une décision de l'autorité administrative.

Pour le premier cas (n°408374), le Conseil d'État indique « *que M. D... a servi en qualité d'interprète franco-dari auprès des forces françaises au sein du camp de Nijrab dans la province de Kapisa du 7 avril au 31 août 2011 ; qu'il vit désormais à Kaboul ; qu'il indique avoir participé à des patrouilles et opérations à l'extérieur du camp, guidant les forces françaises et les mettant en contact avec la population locale ; que le rôle qu'il a joué en 2014 et en 2015 pour alerter les autorités françaises sur la situation des ex-interprètes et son exposition médiatique à cette occasion, accroissent selon lui le risque qu'il soit victime de représailles ; qu'il affirme avoir fait l'objet, ainsi que ses proches, de menaces de la part des talibans depuis la fin de son contrat ».*

Toutefois, le ministre de la Défense conteste sa participation à des opérations sur le terrain, comme l'existence et la gravité des menaces dont M. D... affirme faire l'objet. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat considère qu'en l'absence de dénaturation des pièces du dossier et après une appréciation souveraine des faits, le juge des référés de première instance n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en rejetant la requête de M. D...

Dans une seconde espèce (n°408344) le Conseil d'État indique « *que M. A... a servi en qualité d'interprète franco-dari auprès des forces françaises au sein du quartier général de la Force internationale d'aide et d'assistance, ainsi que dans un camp de formation de l'armée afghane à Kaboul ; qu'il a participé à des opérations sur le terrain avec les forces françaises dans la province de Kaboul ; qu'il affirme avoir été*

Police administrative

en contact direct avec des informateurs afghans infiltrés parmi les talibans ; qu'il fait valoir qu'au terme de son contrat il est retourné dans la province de Logar, dont il est originaire, qu'il y a été menacé par les talibans et qu'il l'a quittée pour venir s'installer à Kaboul ».

Toutefois, le Conseil d'État considère que, dans les circonstances de l'espèce, alors que la situation en Afghanistan s'est dégradée avec une recrudescence des violences qui exposent à des risques élevés les ressortissants afghans qui ont accordé leur concours à des forces armées étrangères, le juge des référés de première instance a dénaturé les faits de l'espèce en estimant que le moyen d'erreur manifeste n'était pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée.

Ainsi, le contentieux des demandes de visas des interprètes de l'armée française en Afghanistan ressort-il du contentieux de la preuve.

En effet, dans la première espèce, la participation de M. D à des actions de l'armée française était contestée par le ministre sans que le requérant puisse apporter la preuve de ses allégations, alors que dans la seconde hypothèse le ministre ne contestait pas la participation de M. A... aux opérations militaires françaises.

Droit des collectivités territoriales

Par M. Xavier Latour

La sécurité locale : une source inépuisable de propositions

Dans une note de juillet 2017, le Forum français pour la sécurité urbaine (FFSU) expose ses positions et propositions sur le thème « Quel futur pour les politiques de sécurité locale ? ».

Cette réflexion s'inscrit naturellement dans un contexte particulier. En ce début de quinquennat, chacun entend contribuer au débat sur des enjeux essentiels. Celui de la sécurité locale en fait partie depuis des années, mais il a paru marquer un peu le pas sous le quinquennat précédent. En effet, à l'exception de dispositions relatives principalement à l'armement et aux équipements des policiers municipaux, les principes et les principales modalités de fonctionnement des polices municipales n'ont pas évolué. Les débats parlementaires relatifs aux polices territoriales sont demeurés sans suite.

L'actuel gouvernement fait, quant à lui, de la police de sécurité quotidienne l'une de ses priorités. Inspirée de la police de proximité, elle contribuerait à renforcer la confiance de la population dans la police. En plus du contexte sécuritaire tendu, cette évolution sera à apprécier, au regard du mouvement plus large des partenariats de sécurité.

La note du FFSU se présente sous la forme d'une énumération d'idées. Elle comprend deux parties : la première consacrée à la « réaffirmation des principes au fondement du modèle français de sécurité urbaine », la suivante centrée sur les réponses à « des défis nouveaux ou encore peu inscrits à l'agenda politique ».

Les principes

La première préoccupation du FFSU concerne l'information des communes en matière de sécurité.

Droit des collectivités territoriales

Outre un renforcement de la formation des élus, le Forum plaide surtout en faveur d'une connaissance plus fine de la délinquance locale. Il soutient l'idée d'avoir des outils statistiques plus performants, qui prendraient mieux en considération les aspects quantitatifs et qualitatifs. La note insiste sur le renforcement de l'évaluation, notamment en lien avec le monde universitaire. Tout cela nécessiterait un soutien financier et technique de l'État.

Ces pistes rejoignent la préoccupation, déjà ancienne, de bien connaître son territoire pour bien gérer la sécurité. Pour mémoire, elle a motivé le recours aux diagnostics locaux de sécurité, nécessaires pour mieux penser les stratégies territoriales de sécurité et les conventions de coordination entre les polices municipales et les forces nationales.

La volonté de disposer d'un outil d'évaluation amélioré rejoint, par ailleurs, les débats nationaux sur les statistiques de la délinquance et le rôle de l'Observatoire national de la délinquance et de la réponse pénale (ONDRP).

Plus largement et selon le FFSU, les moyens étatiques d'évaluation pourraient être utilement complétés par des moyens locaux. En s'engageant activement dans la prévention de la délinquance, les communes devraient, en toute logique, disposer d'outils dédiés afin d'apprécier l'efficacité et l'efficience de leurs actions. La proposition est intéressante. Par exemple, dans le domaine spécifique de la vidéoprotection et alors que certaines villes y recourent massivement, toutes n'ont pas développé une culture du suivi dans le cadre d'une commission dédiée, comme cela est le cas à Toulouse ou Paris.

Par ailleurs, l'État a en partie devancé les appels du Forum. La pertinence et l'objectivité des statistiques ayant été parfois sévèrement critiquées, le gouvernement a apporté plusieurs modifications à ses instruments. Le rapprochement avec l'INSEE et une refonte de son organisation participent d'une amélioration de l'Observatoire.

Le FFSU entend, cependant, promouvoir aussi des instruments territoriaux, tout en sachant que les villes n'en ont pas forcément les moyens techniques et financiers. Un redéploiement des crédits du fonds interministériel de prévention de délinquance et de la radicalisation pallierait en partie ces difficultés. Il serait possible d'ajouter que l'Agence nationale de la recherche, en relation avec les universités,

Droit des collectivités territoriales

pourrait aussi intervenir.

Dans la tradition du FFSU, le volet préventif tient une place essentielle. C'est pourquoi il rappelle son attachement à la prévention spécialisée, ainsi qu'à un meilleur équilibre (notamment financier) avec la dimension répressive des politiques de sécurité.

Cet objectif ne fait guère débat. Depuis longtemps, les clivages politiques se sont nettement estompés en la matière. Les élus ont bien compris que la répression ne fonctionne pas sans prévention et inversement.

L'existence même du Comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation (CIPDR) démontre le choix, justifié, d'une approche transversale. Mais, dans le même temps, le FFSU semble regretter une tendance à la « primauté du ministère de l'Intérieur ». La critique (ou la crainte) ne manque pas de fondement. Mais, si primauté il y a, elle s'explique aussi par des menaces accrues.

Un autre axe concerne « l'exigence constante » de « co-produire » la sécurité des villes. Sur ce point et sans surprise, le FFSU bouscule un peu l'État. La réaffirmation de certains principes résonne comme une forme de critique.

En substance, il est reproché, d'une part, à l'État de ne pas travailler assez avec les collectivités. D'autre part, le document relaie les aspirations de certains élus de voir leurs prérogatives renforcées. En défendant une clarification de « la répartition des responsabilités [...] notamment dans le domaine de la lutte contre le terrorisme » et une modification du « Code de procédure pénale afin de renforcer le pouvoir réglementaire du maire », le Forum entend faire bouger des lignes figées depuis longtemps.

Les réserves de l'État, qui entend préserver sa forme unitaire, les divergences entre les élus et la jurisprudence constitutionnelle (décision du 10 mars 2011 notamment) ont, en effet, gelé toute tentative de réforme. Malgré le vœu du FFSU, le temps est-il venu de renforcer les polices municipales ? Rien n'est moins certain.

Parallèlement, le Forum ne manque pas de rappeler sa volonté de

Droit des collectivités territoriales

« rouvrir une réflexion sur les partenariats intra collectivités afin de clarifier les enjeux de gouvernance en matière de sécurité ». Cela renvoie au débat classique sur un meilleur fonctionnement des polices intercommunales dont on sait qu'elles ne font pas l'unanimité. Mais la référence aux collectivités incite aussi à s'intéresser aux compétences des départements et des régions. Les champs d'intervention (protection de la jeunesse, assistance sociale, transports par exemple) de chacun les mettent en situation d'intervenir avec les communes et l'État dans la lutte contre la délinquance. Si le document ne l'évoque pas, d'autres pistes seraient-elles à explorer ? Convierait-il, notamment, d'envisager la création de polices régionales spécialisées ?

La co-production passe, également, par le renforcement « d'une culture commune ».

À juste titre, la note souligne que cela implique de repenser la formation. Il est vrai que, pour le moment, celle des différents acteurs de la sécurité, publics ou privés, frappe par sa segmentation. Au mieux, les uns et les autres bénéficient de quelques heures de formation initiale pour comprendre comment fonctionnent leurs partenaires.

Pour autant, cela ne suffit pas à créer des liens ou à partager des réflexes. En règle générale, les différents secteurs s'ignorent parce que les passerelles pour passer de l'un à l'autre sont insuffisantes, voire inexistantes. Des efforts s'imposent pour organiser des stages croisés ou favoriser les détachements.

L'idée de créer une « filière prévention sécurité au sein de la fonction publique territoriale » retient l'attention. Si la diversité des métiers permet d'envisager en priorité un tronc commun, celui-ci constituerait un progrès. Aux côtés du Centre national de formation de la fonction publique territoriale (CNFPT), il convient de rappeler que les universités disposent des moyens et des compétences pour dispenser des formations diplômantes de qualité.

La culture commune se vit aussi quotidiennement. À ce titre, la pertinence de « l'idée d'intégrer de nouveaux acteurs dans les instances partenariales » ne fait guère de doute.

Le document évoque, en particulier, un élargissement aux

Droit des collectivités territoriales

professionnels de la sécurité privée. Il est, en effet, pour le moins surprenant qu'en dépit de leur participation très active aux missions locales de prévention de la délinquance, ils soient totalement exclus des conseils locaux qui travaillent ce thème. La même remarque vaut d'ailleurs pour les instances qui relèvent de la compétence de l'État. D'ailleurs, régulièrement, les organisations patronales de la sécurité privée rappellent leur capacité à s'investir davantage. Leur contribution positive à la réussite de grands événements récents (Euro de football) témoigne en leur faveur. De plus, la profession s'assainit rapidement grâce au travail en profondeur accompli par le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS). La difficulté réside, cependant, dans l'identification, parfois compliquée, d'interlocuteurs au sein d'activités professionnelles très variées et de structures représentatives divisées.

Également au titre de la co-production, la note aborde la question de l'intégration des citoyens. Si elle évoque le développement du service civique et la sensibilisation des citoyens aux questions de sécurité, le principal point relevé est relatif aux modalités de la participation des administrés.

De manière assez convenue, la nécessité de mieux les associer à la conception des politiques locales est mise en avant, y compris sous la forme d'une démocratie participative. Il n'est cependant pas certain que la matière s'y prête aisément, en raison de sa sensibilité politique et des enjeux pratiques complexes. Si une ville comme Beauvais a consulté sa population avant d'armer sa police municipale, les initiatives de ce genre sont rarissimes. La consultation populaire n'est pas exempte de défauts (débat biaisé, accaparé par quelques associations, participation faible, risque politique pour la municipalité), qui en rendent l'usage délicat. Quant à d'autres formes de participation, elles existent en théorie, à commencer en donnant un véritable rôle au Conseil local de sécurité et de prévention de la délinquance (CLSPD) ou aux formules à compétence générale (comité de quartier par exemple).

Assez discrètement, la note se réfère, en outre, à une forme de participation citoyenne encore plus sensible si elle prend la forme de la surveillance. La tentation de se regrouper pour surveiller l'espace

Droit des collectivités territoriales

public, voire la voie publique, gagne parfois certains administrés. On se souvient qu'un maire du sud de la France entendait structurer une forme de coopération avec certains habitants de la ville. Le juge administratif (TA Montpellier 5 juillet 2016, commune de Béziers) s'est, toutefois, opposé à un tel dispositif avec fermeté. Le Forum a donc raison d'appeler à la vigilance en ce domaine. Il n'ignore sans doute pas les arguments juridiques très forts opposés par le juge administratif. La participation citoyenne, aussi utile soit-elle, s'exerce seulement dans le cadre défini par l'État (article L 111-1 du Code de la sécurité intérieure), sous l'autorité du préfet et des forces nationales de sécurité intérieure. En tout état de cause, les prérogatives de police ne se délèguent pas, ce qui réduit nettement la faculté de surveillance de la voie publique.

« Des institutions au service des citoyens » constituent un autre grand axe traité au titre des principes.

Alors que le ministère de l'Intérieur entend promouvoir une police de la sécurité quotidienne qui s'inspirerait de la police de proximité, le FFSU adhère à cette ligne. Une police « plus proche » motive plusieurs propositions relatives à la formation, aux effectifs, mais aussi à la transparence. Il prône, parallèlement, l'augmentation du nombre de délégués à la cohésion police-population.

L'idée d'apprécier la qualité du service rendu mérite d'être soulignée. La gendarmerie a d'ailleurs déjà bien intégré cette exigence de service au public, ce qui justifierait, selon nous, qu'elle participe activement à la fixation de méthodes partagées.

À notre sens, la montée en puissance de la police de la sécurité quotidienne influera inévitablement sur le positionnement des polices municipales dans l'architecture de sécurité intérieure. Les polices municipales se présentent elles-mêmes comme des polices de proximité. L'État ne fera donc pas l'économie d'une réflexion sur la juste répartition des rôles de chacun. Or, en matière de doctrine d'emploi, la situation n'a pas évolué depuis les années 1990. Même lorsque le législateur a modifié le cadre juridique de l'usage des armes, il en a tenu à l'écart les policiers municipaux.

Si le FFSU a raison de rappeler l'utilité des conventions de coordination, s'en contenter n'est pas suffisant. Une réflexion plus globale et qui

Droit des collectivités territoriales

déboucherait sur une traduction législative conserve toute sa pertinence.

Parce que la prévention de la délinquance ne relève pas uniquement des forces de sécurité, la note aborde aussi la place de la justice (en appelant à un rapprochement avec les territoires et la population et à la médiation).

La dimension internationale n'est pas oubliée. Le document la traite sous l'angle de la coopération transfrontalière et de la participation de la France à des instances dédiées à la sécurité. Elle y porterait un discours « tant de promotion des droits de l'Homme que de lutte concertée contre la criminalité ».

Les défis nouveaux ou insuffisamment pris en considération

Le Forum reflète l'importance pour les villes d'une délinquance de proximité.

Il commence par insister sur les violences faites aux femmes sans distinguer leur origine intra ou extra familiale. Il est, notamment, proposé de mieux les prendre en considération dans les stratégies territoriales de sécurité, tout en agissant en faveur de la promotion de l'égalité.

L'importance de l'accompagnement des victimes par les associations et les intervenants sociaux en relation avec les forces de sécurité intérieure sera sans doute approuvée.

La lutte contre les « violences discriminatoires » s'impose, elle aussi, comme une priorité. Une meilleure connaissance du phénomène grâce à des enquêtes locales de victimation aidera à mieux l'appréhender dans les stratégies territoriales.

Pour autant, le FFSU n'ignore certainement pas que le sujet est délicat à aborder. La qualification d'infraction raciste ou antisémite ne s'impose pas toujours avec la force de l'évidence.

Les « séniors » représentent un autre axe. Le document défend l'idée

Droit des collectivités territoriales

d'une meilleure sensibilisation des acteurs de la sécurité et de la population.

Après l'approche sectorielle, la note opte pour une approche transversale en appelant, non sans raison, à « développer une politique publique de la nuit ». Les points évoqués sont relativement flous, par exemple « promouvoir une politique de réduction des risques alliant sécurité, santé et bien-être ». De même, la suggestion de « faire évoluer les mesures réglementaires et législatives et les outils de régulation et de contrôle » laisse songeur. La volonté de prendre particulièrement en compte des publics bien identifiés semble être une bonne idée. Toutefois, l'énumération choisie ne convainc pas, à supposer même qu'elle ne serait pas exhaustive (« femmes et public LGBT, public en errance et sans domicile fixe, publics touristiques, populations périurbaines »).

Dans un autre registre, la note ne pouvait pas faire l'économie de développements sur les politiques de prévention et de lutte contre les drogues.

Certains points sont consensuels (la nécessité d'un débat national, un examen des différentes options), d'autres susciteront plus de réserves. Tel est le cas de l'affirmation selon laquelle il conviendrait de « poursuivre l'expérimentation de la mise en place des salles de consommation supervisée et mener leur évaluation ».

Éventuellement complémentaire de la lutte contre les violences discriminatoires, la « prévention de la radicalisation menant à l'extrémisme violent est traitée sous différents angles. La formation des élus locaux s'impose en effet, tout comme une meilleure mobilisation de la société civile ». La question d'une unification des « procédures de partenariat et d'échange d'information entre l'État et les collectivités » est davantage sujette à débat. Certains maires n'avaient ainsi pas hésité à ouvrir la discussion sur l'accès aux fichiers « S ».

Les réflexions du FFSU justifieraient, selon lui, de « mettre à jour les orientations et les modalités du FIDP ».

Il défend, dans le même temps, le besoin de « nouveaux outils de

Droit des collectivités territoriales

l'action publique ».

Deux thématiques très différentes entrent dans cette catégorie. La première appréhende les technologies. Elles aideraient effectivement les policiers dans leurs missions, tout en justifiant une réflexion indispensable sur les enjeux de *l'open data* et de la cybercriminalité.

Le lecteur pourrait ajouter qu'il existe des enjeux très concrets de surveillance de combinaison des technologies entre elles. La ville de Nice avait, par exemple, proposé de combiner la vidéoprotection à l'identification biométrique pendant la coupe d'Europe de football, ce à quoi le gouvernement s'était opposé.

L'autre traite de l'innovation sociale qui intégrerait les « structures d'économie sociale et solidaire ».

En conclusion, le document rappelle la volonté du FFSU que les collectivités soient évidemment associées aux réformes à venir, tout en élargissant à la concertation aux acteurs de la société civile et de la sécurité privée. En pratique, il est suggéré d'organiser des états généraux de la sécurité, et « d'intégrer la question de la sécurité lors des conférences des territoires ».

Directeur de publication : Colonel Stéphane DESCORSIERS
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