

# La veille juridique

N°60, septembre 2017

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



## Edito

Le 5<sup>e</sup> colloque de l'Association française du droit de la sécurité et de la défense (AFDSD) vient de se tenir à Lille avec un programme particulièrement dense. Il rassemblait les universités qui dispensent des enseignements (masters) intéressant directement la Gendarmerie eu égard notamment aux vocations qui peuvent naître pour le concours EOGN. Étaient notamment présentes Lille, Paris II, Paris V, Mulhouse, Rennes, Poitiers, Nice, Limoges, Reims, Lyon, Grenoble, Strasbourg.

Cette année, avec le colonel Descorsiers et le commandant Fressin (futur chef du pôle recherche scientifique et académique du CREOGN), nous avons aussi eu des contacts très fructueux avec des représentants d'écoles doctorales et avec des doctorants. L'objectif pour notre Centre est de tisser des liens au profit des futurs doctorants de la gendarmerie, l'obtention de ce plus haut diplôme universitaire figurant

(Suite page 2)

## EDITORIAL

parmi les axes stratégiques de notre directeur général.

Le CREOGN était bien représenté puisque son directeur faisait partie du comité scientifique. Plusieurs contributions ont été portées par des militaires de la gendarmerie, des réservistes citoyens, des chercheurs associés du Centre et, bien sûr, par Xavier Latour, fidèle auteur de notre veille juridique.

Point d'orgue du colloque, l'intervention du Dr Jamie Shea, secrétaire général adjoint de l'OTAN, dont la venue a été organisée par le CREOGN et la sécurité assurée par la région de gendarmerie des Hauts-de-France.

Notre rapprochement avec le monde universitaire n'en est qu'à ses débuts. Je rappelle que figure parmi les pionniers François Dieu, professeur à Toulouse, qui va jouer un rôle essentiel à nos côtés.

Samedi 30, j'ai « planché » devant les candidats aux concours de l'IEJ de Paris II. J'ai été agréablement surpris de constater le nombre d'étudiants s'affichant comme candidats EOGN. Nous ne récoltons que ce que nous semons. Le champ de l'université est fertile pour la gendarmerie pour peu que nous sachions le cultiver.

Bonne lecture de la veille de septembre ! Le mois prochain, nous détaillerons sans doute la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme qui devrait être prochainement promulguée.



ZONE INTERDITE 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

### Du réel au virtuel : quelques pérégrinations déontologiques

La période estivale ayant été particulièrement calme sur le front de la déontologie de la sécurité, il convient exceptionnellement de mettre à profit cette pause - sans doute éphémère - pour quitter le réel et nous projeter vers l'univers du virtuel. Cette téléportation est ici opérée à l'aide de petits scénarios mettant à dure épreuve certaines valeurs cardinales érigées en boussole des pratiques professionnelles des acteurs de la sécurité intérieure. Puisque les quelques situations suivantes sont exclusivement les fruits d'une imagination certes débordante, toute ressemblance avec des personnes ou des situations existantes ou ayant existé ne serait que pure coïncidence...

1<sup>re</sup> situation : En patrouille à bord d'un véhicule sérigraphié, deux militaires de la gendarmerie constatent qu'un automobiliste vient de franchir un feu tricolore alors que ce dernier était au rouge. Après interception du véhicule, les militaires de la gendarmerie réclament du conducteur la production des documents afférents à la conduite du véhicule terrestre à moteur. Pour éviter d'être verbalisé et de perdre le reste des points lui restant sur son permis, le conducteur propose, dans un premier temps, aux militaires de la gendarmerie « d'oublier » l'infraction en échange de deux caisses de champagne se trouvant dans le coffre de son véhicule. Naturellement ... les militaires de la gendarmerie refusent spontanément cette marque de générosité ... tout en faisant observer qu'ils n'étaient pas insensibles au charme et aux formes généreuses de la passagère, une belle Ukrainienne, se trouvant à l'arrière du véhicule. Après acquiescement de cette dernière au désir non dissimulé des militaires de la gendarmerie d'entretenir des relations sexuelles, aucun procès-verbal n'a en définitive été rédigé. De tels faits vous paraissent-ils répréhensibles ?

À l'image de la lueur d'un phare, certaines valeurs déontologiques sont par nature intermittentes en ce sens qu'elles ne se manifestent qu'en

## Déontologie et sécurité

présence de situations ponctuelles (contrôle d'identité, usage de la contrainte, etc.) liées aux missions de police. D'autres en revanche sont plus permanentes et diffuses, car elles se rapportent à l'ensemble des missions d'un service public et caractérisent les principes de base de toute fonction publique. Relève incontestablement de cette seconde catégorie l'obligation de probité. Aux termes de l'article R. 434-9 du Code de la sécurité intérieure, « le policier ou le gendarme exerce ses fonctions avec probité. Il ne se prévaut pas de sa qualité pour en tirer un avantage personnel et n'utilise pas à des fins étrangères à sa mission les informations dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions. Il n'accepte aucun avantage ni aucun présent directement ou indirectement lié à ses fonctions ou qu'il se verrait proposer au motif, réel ou supposé, d'une décision prise ou dans l'espoir d'une décision à prendre. Il n'accorde aucun avantage pour des raisons d'ordre privé ». Condition *sine qua non* de la relation de confiance entre la population et sa police, la probité policière renvoie immédiatement à l'image d'Eliot Ness pourchassant, avec son équipe d'incorruptibles (Untouchables), Al Capone et la mafia de Chicago à l'époque de la prohibition du président Hoover. À dire vrai, cette illustration symbolique est doublement discutable :

- en premier lieu, Eliot Ness n'était pas policier mais agent du fisc ;
- en second lieu, les États-Unis d'Amérique n'ont heureusement pas le monopole de l'intégrité (Integrity) policière (à tout le moins peut-on raisonnablement le supposer) !

Protégée pénalement par une kyrielle d'infractions générales ou propres aux dépositaires de l'autorité publique (vol, détournement de fonds publics, faux, corruption, prise illégale d'intérêts, trafic d'influence, cumul prohibé d'emplois, etc.), la probité publique s'oppose à toute forme de corruption, de vénalité, de favoritisme, de népotisme et plus généralement à tout mélange des genres. Rémunérés par l'État pour accomplir leurs missions de service public avec désintéressement, les policiers et les gendarmes doivent s'abstenir d'être en situation de conflit d'intérêts, c'est-à-dire d'être en situation de sacrifier ou d'être soupçonné de sacrifier l'intérêt général sur l'autel de leur intérêt personnel. Dans une profession surexposée à de multiples tentations, policiers et gendarmes ont l'interdiction absolue de succomber à toute forme de

## Déontologie et sécurité

compromission :

- s'approprier un bien ou détourner un scellé à l'occasion d'une perquisition ou d'une fouille de sécurité, accorder une indulgence au moment d'une verbalisation en échange d'une contrepartie ;
- intervenir en faveur de l'obtention d'une autorisation administrative (place de livraison au profit d'un commerçant) moyennant un avantage quelconque ;
- se prévaloir abusivement de sa qualité de dépositaire de l'autorité publique pour solliciter des avantages indus (gratuité d'un spectacle, réduction tarifaire injustifiée dans un commerce ou dans un moyen de transport, non-respect d'une file d'attente devant un guichet, etc.) ;
- utiliser un véhicule de dotation à des fins purement personnelles ;
- vendre des informations (antécédents judiciaires ou coordonnées d'un mis en cause) issues de fichiers de police, etc.

On le voit, seul un souci permanent de retenue peut empêcher de sombrer dans le piège des manquements à la droiture. En proposant, dans un premier temps, aux militaires de la gendarmerie « d'oublier » l'infraction en échange de deux caisses de champagne se trouvant dans le coffre de son véhicule, le conducteur s'est indiscutablement rendu coupable du délit de corruption active tel qu'il est défini à l'article 433 -1 du Code pénal (« le fait par quiconque de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou autrui [...] pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat »). Soulignons ici que la corruption est une infraction formelle de sorte que le délit est consommé dès que le prévenu a usé des moyens énoncés par la loi en vue du but qu'elle définit. Il importe donc peu que le corrupteur ait réussi à faire agréer ses offres auprès des militaires de la gendarmerie (en ce sens Crim., 10 juin 1948, Bull. Crim. n° 154). Si les militaires de la gendarmerie sont donc parfaitement respectables en refusant les caisses de champagne qui leur sont proposées, leur probité apparaît nettement plus douteuse par la suite. En faisant



## Déontologie et sécurité

observer qu'ils n'étaient pas insensibles au charme et aux formes généreuses de la passagère ukrainienne, les militaires de la gendarmerie se rendent à leur tour coupables d'un délit et plus particulièrement du délit de corruption passive cette fois (art. 432-11 C. pén. : le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui [...] pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ». Et quid de la belle passagère ukrainienne ? Victime ou coupable ? En acquiesçant au désir non dissimulé des militaires de la gendarmerie d'entretenir des relations sexuelles avec elle, la passagère s'est également rendue coupable du délit de corruption active au sens de l'article 433-1 dernier alinéa du Code pénal (« le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction ou pour abuser ou avoir abusé de son influence »).

Seconde situation : La semaine dernière, alors qu'il dînait en famille à son domicile, le maire de Clermont-Ferrand a été alerté que des policiers municipaux de sa commune avaient procédé à l'interpellation d'une conductrice d'un puissant 4x4. Avant d'être interceptée sur la commune de Cournon-d'Auvergne, la conductrice - qui s'est avérée être la maîtresse de l'élu local - s'était rendue coupable d'un refus d'obtempérer et d'une conduite dangereuse pour autrui sur la commune de Clermont. Arrivé sur le lieu de l'interception (pratiquement contigu de sa commune), le maire de Clermont-Ferrand a donné l'ordre aux policiers municipaux de ne pas rendre compte immédiatement de leur intervention à l'officier de police judiciaire territorialement compétent. Sur instructions du maire, les policiers municipaux de Clermont-Ferrand ont alors quitté le lieu de l'arrestation et se sont contentés de rédiger un

## Déontologie et sécurité

procès-verbal ne retenant - contre l'évidence et les faits constatés - que l'unique contravention de « changement de direction d'un véhicule effectué sans avertissement préalable ». Quelles réflexions déontologiques et pénales vous inspire l'interventionnisme du maire ?

En interceptant la conductrice d'un véhicule qui s'était rendue coupable d'un refus d'obtempérer (art. L. 233-1 C. route) et d'une conduite dangereuse pour autrui (art. 223-1 C. pén.), les policiers municipaux ont agi conformément aux prérogatives dont ils disposent dans le cadre de la commission d'un crime ou d'un délit flagrant (art. 73 C. pr. pén.). Il importe peu ici que l'interpellation ait pris place au-delà des limites territoriales de compétence des policiers municipaux, car la coercition est une faculté offerte à tout citoyen sur l'ensemble du territoire de la République. Sur instructions du maire, les policiers municipaux ont ensuite quitté le lieu de l'intervention sans informer l'officier de police judiciaire territorialement compétent de l'interpellation à laquelle ils avaient procédé. Ce faisant, les policiers municipaux ont manqué aux obligations légales et réglementaires qui sont les leurs. En application de l'article R. 515-12 du Code de la sécurité intérieure, il appartient en effet aux agents de police municipale de conduire l'auteur d'un crime ou d'un délit flagrants sans délai devant l'officier de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale territorialement compétent. Il résulte ensuite du jeu combiné de l'article R. 515-5 du Code de la Sécurité Intérieure et de l'article 21-2 du Code de procédure pénale que les agents de police judiciaire adjoints doivent rendre compte à leurs chefs hiérarchiques (en l'occurrence l'OPJ) de tous crimes, délits ou contraventions dont ils ont connaissance. Rappelée à l'article R. 434-4 du Code de la sécurité intérieure pour les militaires de la gendarmerie et les fonctionnaires de la police nationale, cette obligation de rendre compte doit être mise en oeuvre sans aucun retard. En outre, les faits ou événements relatés dans les actes de procédures et les procès-verbaux doivent l'être avec fidélité et précision. En travestissant la réalité des faits pour en atténuer la gravité objective, les policiers municipaux ont assurément manqué aux obligations déontologiques auxquelles ils sont redevables envers l'autorité judiciaire. L'ordre reçu du maire est-il de nature à les disculper ? La réponse est là encore assurément négative. En même temps qu'il est nécessaire à

## Déontologie et sécurité

l'application des lois, le principe hiérarchique n'est pas un principe absolu. L'obligation de se conformer aux ordres (de faire ou de ne pas faire) du supérieur comporte deux bornes importantes, d'inégale portée : l'alerte et la désobéissance.

Dans l'hypothèse où un policier municipal (mais la règle vaut également pour un fonctionnaire de police ou un militaire de la gendarmerie, art. R. 434-5 CSI) pense être confronté à un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public, celui-ci dispose d'un droit d'alerte dont l'objet est de prévenir tout dérapage avant qu'il ne soit commis de façon irréparable (art. R. 515-20 CSI). Sans sombrer dans le précautionnisme outrancier (l'invocation à tort d'un motif d'illégalité manifeste pour ne pas exécuter un ordre régulièrement donné expose en effet le subordonné à ce que sa responsabilité soit engagée), le subordonné est concrètement en droit de détourner par ses conseils avisés des entreprises douteuses, voire funestes. À cette fin, il lui appartient de faire part de ses objections à l'autorité qui lui a donné l'ordre litigieux, ou, à défaut, la première autorité qu'il a la possibilité de joindre en mentionnant expressément le caractère d'illégalité manifeste qu'il lui attribue. Si, malgré ses objections et ses mises en garde, l'ordre est maintenu, le subordonné peut en demander la confirmation écrite (*Verba volant, scripta manent !*) lorsque les circonstances le permettent. Il a droit à ce qu'il soit pris acte de son opposition et de ses réticences. Quand bien même le policier municipal (mais la règle vaut également pour le fonctionnaire de police ou le militaire de la gendarmerie) viendrait-il à obtempérer après avoir obtenu la confirmation écrite sollicitée, un tel ordre ne serait pas disculpateur. Il n'exonérerait pas davantage de sa responsabilité l'auteur de l'ordre (art. R. 515-20 C.S.I.). En présence d'un ordre manifestement illégal, il appartient en effet au subordonné de désobéir. C'est là non seulement un droit, mais un devoir. Commandée par l'honneur et le refus des indignités, cette désobéissance légitime réclame quelques précisions, car il s'agit là d'un art difficile. En premier lieu, elle ne s'applique que là où éclate l'illégalité grossière, c'est à l'évidence le cas dans l'espèce soumise à notre réflexion. Pour apprécier le caractère manifestement illégal de l'injonction reçue, il convient de tenir compte à la fois de la nature de l'acte ordonné et de la place de l'exécutant dans la hiérarchie. En second lieu, on ne saurait confondre l'ordre manifestement illégal et l'ordre

## Déontologie et sécurité

assurément inapproprié aux circonstances. En troisième lieu, l'impunité résultant de la désobéissance légitime est totalement étrangère à toute « clause de conscience », car ce concept est inconnu de la fonction publique.

Par-delà les manquements susceptibles d'être imputés aux policiers municipaux, le scénario soumis à notre analyse laisse apparaître une infraction originale et assez méconnue à l'encontre du maire : le délit d'échec à l'exécution de la loi. Inscrit à l'article 432-1 du Code pénal et puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, le délit consiste dans le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi au sens formel du terme (ce qui exclut les simples dispositions de nature réglementaire, en ce sens Crim., 4 septembre 2012, Bull. Crim. n°179). En agissant en qualité de maire, et donc en qualité de supérieur hiérarchique des agents de police municipale, l'individu s'est opposé de manière positive (et non seulement par inertie) à la mise en œuvre, pourtant légale, des dispositions de l'article 21-2 du Code de procédure pénale. L'échec à la bonne exécution de la loi a eu lieu non seulement à l'endroit de l'arrestation mais aussi dans les locaux de la police municipale où les agents ont obtempéré à l'ordre qu'ils venaient de recevoir de leur maire et supérieur hiérarchique. Il importe d'ailleurs peu, selon la jurisprudence, que le délit d'échec à l'exécution de la loi soit matériellement commis sur le territoire d'une commune où le prévenu ne peut exercer effectivement aucune fonction d'autorité (en ce sens, Crim 5 février 2013, pourvoi n°12-80081, Bull. Crim. n°34).



## Droit de l'espace numérique

Par le G<sup>al</sup> d'armée (2S) Marc Watin-Augouard

### JURISPRUDENCE COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

*Arrêt Grande Chambre M. Bărbulescu c. Roumanie du 5 septembre 2017*

**Les mails professionnels relèvent de la vie privée et du secret des correspondances. Leur surveillance par l'employeur doit faire l'objet d'une information préalable.**

La jurisprudence française devra sans doute tenir compte d'un arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) du 5 septembre 2017 qui encadre le droit d'accès par l'employeur à la messagerie professionnelle.

En l'espèce, un citoyen roumain a porté devant la Cour un litige relatif à son licenciement faisant suite à un enregistrement en temps réel de ses communications sur son compte *Yahoo Messenger* ouvert à des fins professionnelles. L'employeur lui a reproché d'utiliser les ressources de la société (connexion internet, *Messenger*) en contrariété avec les dispositions du règlement de service intérieur interdisant d'utiliser les ordinateurs, les photocopieurs, les téléphones, etc. à des fins personnelles. La transcription effectuée par l'employeur révélait des correspondances portant sur des questions privées, parfois intimes.

Considérant qu'il était victime d'une atteinte à sa vie privée et au secret des correspondances protégés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'employé s'est tourné vers le Tribunal départemental de Bucarest, la Cour d'appel et la Cour de cassation. Ces trois juridictions lui ont successivement donné tort, estimant que l'entreprise, étant propriétaire du système informatique et de la connexion Internet, pouvait contrôler le trafic de ses employés et utiliser les informations stockées sur son serveur. En outre, la vérification de la teneur des communications était le seul moyen de statuer sur les dénégations de l'employé. La CEDH, en première analyse, dans son

## Droit de l'espace numérique

arrêt du 12 janvier 2016, a recherché si les autorités roumaines avaient opéré un juste équilibre entre le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance et les intérêts légitimes de l'employeur et en a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8.

Mais la Grande chambre n'est pas de cet avis. Elle observe tout d'abord que les communications depuis le lieu de travail étaient couvertes par les notions de « vie privée » et de « correspondance » protégées par l'article 8. Elle considère ensuite que, tout en ayant été informé de l'interdiction d'utiliser Internet à des fins personnelles, le plaignant ne semble pas avoir été averti de la surveillance de ses communications, préalablement à sa mise en œuvre.

La Grande chambre considère ensuite que, pour être considérée comme préalable, l'information donnée sur les modalités de surveillance (nature et étendue) devait être antérieure à son commencement. Qu'il aurait appartenu aux juridictions de déterminer quel était le but pouvant justifier une surveillance aussi stricte, car portant non seulement sur des flux, mais aussi sur des contenus et si des méthodes moins intrusives auraient permis d'atteindre le même résultat. La CEDH conclut donc à la violation de l'article 8 de la Convention.

Cet arrêt ne suit pas la position de la France, tiers intervenant devant la CEDH, pour qui l'article 8 n'est applicable qu'aux données, correspondances et activités électroniques strictement personnelles. L'employeur peut exercer une surveillance raisonnable pour autant que celle-ci poursuive un but légitime et qu'elle fasse l'objet d'une information préalable.

Les échanges par voie électronique sont désormais prépondérants. La Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) intègre les dispositions de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Elle définit le courrier électronique (art.1er IV) comme « *tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans*



## Droit de l'espace numérique

*l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* ». Si la communication au public par voie électronique et la communication au public en ligne n'ont pas le caractère d'une correspondance privée, il n'en est pas de même pour les échanges de courriels qui, pour la plupart, relèvent du secret des correspondances, protégé par les articles 226-15 et 432-9 du Code pénal. Seule exception à la règle : le mail « professionnel ».

Considérant que la LCEN n'était pas assez précise, des sénateurs ont déposé une proposition de loi en juin 2006 pour modifier le texte, en ajoutant au IV de l'article 1<sup>er</sup> la définition suivante : « *Est considéré comme courrier électronique professionnel, tout courrier électronique dont le titre ou le nom du répertoire dans lequel il est archivé, est relatif à l'organisation, au fonctionnement ou aux activités de l'entreprise, l'administration ou l'organisme qui emploie l'expéditeur ou le destinataire dudit courrier. Le courrier électronique professionnel n'est pas soumis au secret de la correspondance privée* ».

Finalement, c'est une jurisprudence abondante de la Cour de cassation qui a précisé les contours du mail professionnel. Elle avait, avant la LCEN, implicitement identifié la catégorie des messages professionnels en reconnaissant la possibilité d'envoyer des messages personnels depuis son poste de travail. Ainsi, par l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001, elle a considéré que : « *Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* »<sup>1</sup>.

Mais, par la suite, la Chambre sociale de la Cour de cassation a nuancé sa jurisprudence. Elle a considéré, en effet, que les mails échangés depuis un ordinateur professionnel ne relèvent pas, en général, du régime protecteur des correspondances privées : « *Les courriers adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir*

1. Cass, Soc, 2 octobre 2001, n° 99-42942.

## Droit de l'espace numérique

*un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels* »<sup>2</sup>. C'est d'ailleurs la position de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) dans son rapport de 2004 relatif à la cybersurveillance des salariés.

La Cour de cassation a également étendu cette jurisprudence aux clés USB personnelles, à partir du moment où elles sont connectées à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail<sup>3</sup>. Les mails ou fichiers doivent être clairement identifiés comme « personnels ». Leur classement dans un répertoire « mes documents » ou avec ses propres initiales ou son nom ne suffit pas à qualifier le fichier de personnel<sup>4</sup>. Par ailleurs, est considéré comme professionnel le mail envoyé par le salarié pendant son temps de travail et dont le contenu est en rapport avec son activité professionnelle<sup>5</sup>.

## JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

### *Conseil constitutionnel, décision QPC n° du 4 août 2017*

**N'est pas conforme à la Constitution une disposition législative qui autorise la mise en œuvre d'une technique de renseignement à l'égard d'un nombre élevé de personnes, sans que leur lien avec la menace terroriste soit nécessairement étroit. Un amendement gouvernemental a été déposé sur ce point dans le cadre du projet de loi sécurité intérieure et lutte contre le terrorisme. Cet amendement a été adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale. Cette dernière a approuvé le projet de loi en première lecture le 3 octobre 2017.**

Le suivi en temps réel sur les réseaux de personnes préalablement

2. Cass, Soc, 15 décembre 2010, n° 08-42486, M.X/ ARP Sélection.

3. Cass, Soc, 12 février 2013, n° 11-28649, Mme X./PBS.

4. Cass, Soc, 21 octobre 2009, n°07-43877, M.X/ Seit Hydr'Eau.

5. Cass, Soc, 2 février 2011, n° 09-72449 & n° 09-72450, M.X./Securitas .France.

## Droit de l'espace numérique

identifiées comme présentant un risque particulier en matière de terrorisme a été autorisé par l'article L. 851-2 du Code de la sécurité intérieure (CSI), issu de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement. Cette disposition a été complétée par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste. Depuis cette modification, sont aussi visées les personnes appartenant à l'entourage d'une personne concernée par une autorisation, lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'elles sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation.

Si l'article L.851-2, dans sa version initiale, avait été jugé conforme à la Constitution, sa modification par la loi du 21 juillet 2016 a fait l'objet d'une décision d'inconstitutionnalité partielle. Le Conseil constitutionnel en a décidé ainsi, suite à une transmission par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par les associations La Quadrature du Net, French Data Network et la Fédération de fournisseurs d'accès à Internet associatifs.

Le nouvel article, issu de cette loi, élargissait singulièrement le nombre de personnes susceptibles de faire l'objet d'un recueil en temps réel, sur les réseaux des opérateurs et des personnes mentionnés à l'article L. 851-1, des informations ou documents mentionnés au même article L. 851-1. Il autorisait aussi ce recueil « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'une ou plusieurs personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation, celle-ci peut être également accordée individuellement pour chacune de ces personnes* ».

Le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution la mesure qui s'applique aux personnes, préalablement identifiées, susceptibles d'être en lien avec une menace terroriste, en raison de son encadrement par le législateur : la technique de renseignement en cause ne peut être mise en œuvre que pour la prévention du terrorisme, l'autorisation est d'une durée de quatre mois renouvelable, celle-ci est délivrée par le Premier ministre après avis préalable de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement,

## Droit de l'espace numérique

cette commission contrôle la réalisation de la technique de renseignement et toute personne souhaitant vérifier qu'elle n'est pas irrégulièrement mise en œuvre peut saisir le Conseil d'État.

Mais s'agissant des personnes « appartenant à l'entourage d'une personne concernée par une autorisation, lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'elles sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation », le Conseil constitutionnel censure cette partie de l'article, considérant que le législateur a permis que fasse l'objet de la technique de renseignement en cause un nombre élevé de personnes, sans que leur lien avec la menace soit nécessairement étroit. Ainsi, sans avoir prévu une limitation du nombre d'autorisations, le législateur n'a pas opéré une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée. On notera que la partie de l'article L .852-1 qui étend les interceptions de correspondance à l'entourage n'a pas été censurée lors du premier examen de la loi<sup>6</sup>, précisément parce que l'article oblige le Premier ministre à en limiter par arrêté le nombre, après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR).

### JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

*Conseil d'État, Section du contentieux, 10ème – 9ème ch. réunies, décision du 19 juillet 2017, Google Inc. / Cnil*

### Droit au déréférencement - Sursis à statuer - Saisine de la CJUE par le Conseil d'État

Le droit au déréférencement, reconnu par la jurisprudence de la CJUE (n°C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, B... C, du 13 mai 2014) est au cœur du litige qui oppose Google Inc à la Commission nationale de l'informatique et

6. Décision n°2015-713 DC du 23 juillet 2015.



## Droit de l'espace numérique

des libertés (CNIL).

Par décision du 21 mai 2015, la présidente de la CNIL a mis en demeure la société Google Inc. La Commission reproche au moteur de recherche, sollicité par un particulier, de ne pas appliquer le droit au déréférencement à toutes les extensions de nom de domaine. Par délibération en date du 10 mars 2016, la CNIL constate que sa mise en demeure n'a pas été suivie d'effet et prononce à l'encontre de Google Inc. une sanction, rendue publique, de 100 000 euros.

Le moteur de recherche demande l'annulation de cette délibération. Le Conseil d'État sursoit à statuer en renvoyant trois questions à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) afin d'interpréter les dispositions de la directive du 24 octobre 1995 sur laquelle sa jurisprudence s'est fondée.

Le moteur de recherche de Google Inc. est décliné en différents noms de domaine par des extensions géographiques qui tiennent compte des spécificités liées aux différents pays. Mais lorsqu'une requête est effectuée à partir de « google.com », l'identification de l'adresse IP de l'internaute la redirige automatiquement vers le nom de domaine correspondant au pays d'où il effectue sa recherche. Cependant, quelle que soit sa localisation, l'internaute peut effectuer ses recherches sur les autres noms de domaine du moteur de recherche qui sont tous accessibles depuis le territoire français.

La CNIL reproche à Google Inc. de refuser d'appliquer le droit au déréférencement à l'ensemble des noms de domaine de son moteur de recherche, en se limitant aux seuls résultats issus de recherches effectuées depuis les noms de domaine déclinant son moteur dans les États membres de l'Union européenne. Elle considère comme insuffisant le « géo-blocage » supprimant l'accès, depuis une adresse IP réputée localisée dans l'État du bénéficiaire du « droit au déréférencement », aux résultats litigieux à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, quelle que soit la déclinaison du moteur de recherche qu'a sollicité l'internaute.

Google Inc. oppose le fait que l'interprétation par la CJUE de la directive de 1995 n'entraîne pas nécessairement que les liens litigieux soient supprimés, sans limitation géographique, sur l'ensemble des noms de domaine de son moteur.

## Droit de l'espace numérique

Le Conseil d'État considère que l'application du droit au déréférencement, quel que soit le lieu à partir duquel la recherche lancée sur le nom du demandeur est effectuée, y compris hors du champ d'application territorial de la directive du 24 octobre 1995, soulève une sérieuse question d'interprétation du droit de l'Union européenne. Il pose donc trois questions à la CJUE :

1° Le « droit au déréférencement » tel qu'il a été consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 13 mai 2014 sur le fondement des dispositions des articles 12, sous b), et 14, sous a), de la directive du 24 octobre 1995, doit-il être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche est tenu, lorsqu'il fait droit à une demande de déréférencement, d'opérer ce déréférencement sur l'ensemble des noms de domaine de son moteur de telle sorte que les liens litigieux n'apparaissent plus, quel que soit le lieu à partir duquel la recherche lancée sur le nom du demandeur est effectuée, y compris hors du champ d'application territorial de la directive du 24 octobre 1995 ?

2° En cas de réponse négative à cette première question, le « droit au déréférencement » tel que consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt précité doit-il être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche est seulement tenu, lorsqu'il fait droit à une demande de déréférencement, de supprimer les liens litigieux des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom du demandeur sur le nom de domaine correspondant à l'État où la demande est réputée avoir été effectuée ou, plus généralement, sur les noms de domaine du moteur de recherche qui correspondent aux extensions nationales de ce moteur pour l'ensemble des États membres de l'Union européenne ?

3° En outre, en complément de l'obligation évoquée au 2°, le « droit au déréférencement », tel que consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt précité, doit-il être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche faisant droit à une demande de déréférencement est tenu de supprimer, par la technique dite du

## Droit de l'espace numérique

« géo-blocage », depuis une adresse IP réputée localisée dans l'État de résidence du bénéficiaire du « droit au déréférencement », les résultats litigieux des recherches effectuées à partir de son nom, ou même, plus généralement, depuis une adresse IP réputée localisée dans l'un des États membres soumis à la directive du 24 octobre 1995, ce indépendamment du nom de domaine utilisé par l'internaute qui effectue la recherche ?

Le Conseil d'État est fréquemment saisi de contentieux relatifs au droit au déréférencement. Par une précédente décision du 24 février 2017, il a également adressé des questions préjudicielles à la CJUE afin d'interpréter le droit européen et, plus particulièrement, la directive de 1995.

Quatre requêtes différentes avaient alors été adressées par des plaignants au Conseil d'État après le refus de la CNIL de donner suite à leurs plaintes visant à enjoindre Google de procéder aux déréférencements de pages Web obtenues, à partir de leur nom après des recherches opérées sur le moteur.

Les plaignants s'appuyaient sur l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Google Spain*<sup>7</sup> du 13 mai 2014 qui avait considéré que le respect des dispositions de la directive européenne 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (remplacée le 27 mai 2018 par le Règlement général de l'Union européenne sur la protection des données – RGPD) entraînait pour toute personne le droit d'obtenir le déréférencement (et non l'effacement) des pages Web la concernant.

Pour la CJUE, les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel « prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt du public à trouver ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Cependant, tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons

<sup>7</sup> Arrêté C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez du 13 mai 2014.

## Droit de l'espace numérique

*particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, l'accès à l'information en question* » (point 99 de l'arrêt CJUE). Seules sont donc exclues les données qui ont un caractère historique ou qui peuvent concerner une personne publique.

Pour le Conseil d'État, la solution devant être apportée aux litiges qui lui sont soumis appellent des précisions, notamment sur les obligations de déréférencement pesant sur l'exploitant d'un moteur de recherche dans l'hypothèse où les pages Web qu'il traite contiennent des informations sensibles dont la collecte et le traitement est illicite ou très encadré, notamment parce qu'elles révèlent une orientation sexuelle, des opinions politiques, religieuses ou philosophiques, ou qu'elles contiennent des informations relatives à des infractions, condamnations pénales ou mesures de sûreté. Est également soulevée la question du sort à réserver aux demandes de déréférencement de liens vers des pages Web dont le contenu est inexact ou incomplet. L'interdit défini par les paragraphes 1 et 5 de l'article 8 de la directive de 1995 s'applique-t-il automatiquement à un moteur de recherche eu égard à sa spécificité ?

Considérant que les requêtes soulèvent des difficultés sérieuses d'interprétation du droit de l'Union européenne, le Conseil d'État a donc sursis à statuer et a saisi la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

## Actualité pénale

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

*Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique*

*Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique*

*Décision Conseil constitutionnel n° 2017-753 DC du 8 septembre 2017 (loi organique)*

*Décision Conseil constitutionnel n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017 (loi ordinaire)*

Après son élection et une campagne présidentielle émaillée de scandales politico-financiers ayant eu des conséquences majeures sur les résultats, le Président de la République, Monsieur Emmanuel Macron, avait annoncé son intention de moraliser la vie publique afin de renforcer le lien qui existe entre les Français et leurs élus. À titre symbolique, le garde des Sceaux, Monsieur François Bayrou, avait ainsi indiqué que deux lois rétablissant la confiance dans la vie publique seraient les premières du quinquennat, car les Français avaient besoin d'un « choc de confiance ». Déclinant une loi organique et une loi ordinaire, les nouvelles mesures doivent « renforcer « la transparence à l'égard des citoyens, la probité des élus, l'exemplarité de leur comportement ». Touché par des soupçons sur une affaire de financement illégal d'attachés parlementaires européens dans le cadre de son parti, le garde des Sceaux initial a démissionné. Les lois ont été adoptées sous l'égide du nouveau ministre de la Justice, Madame Nicole Belloubet, selon la procédure accélérée engagée par le Gouvernement. Après examen par le Conseil constitutionnel, les deux lois du 15 septembre 2017 contiennent des dispositions intéressantes, même si elles sont moins ambitieuses que ce qui était annoncé. Il est possible de remarquer que leur champ d'application semble plus restreint, car la confiance dans la vie publique se trouve limitée à la vie politique dans la version définitive, visant plus particulièrement les élus et pas l'ensemble de la fonction publique. Le choix de l'adoption d'une double loi organique et ordinaire signe une volonté d'agir et un aveu de puissance parlementaire en imposant ces mesures à ses adversaires politiques.

## Actualité pénale

### I. LA LOI ORGANIQUE

La loi organique apporte quelques modifications intéressantes, mais elle ne constitue pas une réforme majeure.

#### 1. Obligation de déclaration du Président de la République

Les candidats à la Présidence de la République doivent produire, en plus de la déclaration de situation patrimoniale exigée auparavant, une déclaration d'intérêts et d'activités. La Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) la rend publique, accompagnée d'un avis de sa part, dans les trente jours. Les mêmes obligations de déclaration déclenchant une procédure identique sont prévues après la fin du mandat. La HATVP apprécie la variation entre le patrimoine au début et à la fin du mandat, tout en ayant la faculté de demander des éléments explicatifs. Cette déclaration n'intervient plus dans les deux mois précédant la fin de son mandat. Elle doit désormais être déposée six mois au plus tôt et cinq mois au plus tard avant l'expiration du mandat. Cette modification est formelle et a été validée par le Conseil constitutionnel qui considère que, même si elle représente une atteinte à l'intimité de la vie privée, elle est justifiée par un motif d'intérêt général - elle « a pour objectif d'éclairer le choix des électeurs, de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de ces candidats, de prévenir les conflits d'intérêts et de lutter contre ceux -ci » - et mise en œuvre de manière adéquate et proportionnée.

#### 2. Obligations des parlementaires

La loi organique prévoit que chaque assemblée veille à la mise en œuvre des règles et à la sanction de leur violation, y compris la transmission par son président à la Cour de discipline budgétaire et financière. Si le Conseil constitutionnel considère que la première partie de la disposition est conforme à la Constitution, instaurant le contrôle de la perception des indemnités par les parlementaires, la transmission



## Actualité pénale

des informations n'a pas le caractère organique. Elles n'en sont pas pour autant inconstitutionnelles et invalidées.

### a. L'attestation fiscale

La loi nouvelle introduit aussi une modification des obligations imposées aux députés et aux sénateurs. Il s'agit, encore une fois, d'une réponse à une actualité chargée en révélations d'affaires suspectes touchant les parlementaires et de « phobies administratives ». De nouvelles règles sont définies en matière de conditions d'éligibilité et sanction d'inéligibilité. Dans le mois suivant le date d'entrée en fonction d'un parlementaire, l'administration fiscale lui transmet une attestation sur le paiement des impôts et intérêts dont il est redevable. Cependant, cette attestation ne lie pas l'administration fiscale pour l'avenir. En effet, elle constitue une constatation en état des informations dont les pouvoirs publics disposent au moment de la transmission du document. Si l'attestation constate que le parlementaire ne satisfait pas aux conditions fiscales, il dispose d'un mois pour se mettre en conformité. Au terme de ce délai, l'Administration transmet le document au bureau de l'Assemblée nationale. Cette même procédure de transmission selon ces délais s'impose en cas de décision administrative ou juridictionnelle définitive constatant le manquement aux obligations fiscales. La transmission de l'attestation fiscale donne lieu à l'envoi d'une copie à l'organe chargé de la déontologie parlementaire auprès de l'Assemblée parlementaire. Lorsque ce dernier constate un manquement à ces obligations - une absence de conformité en l'absence de toute contestation - le bureau de l'Assemblée saisit le Conseil constitutionnel. Ce dernier a un pouvoir de sanction, car il peut déclarer le député inéligible pour une durée maximale de trois ans et démissionnaire de son mandat, par la même décision. Un régime transitoire est prévu puisque l'administration fiscale dispose de trois mois pour communiquer l'attestation aux intéressés dont les mandats sont en cours à la date d'entrée en vigueur du dispositif.

Le Conseil constitutionnel valide cette disposition organique au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui impose au législateur d'édicter des « peines strictement et évidemment nécessaires ». Cette exigence de sagesse de la part du

## Actualité pénale

législateur s'impose en matière pénale, mais aussi plus largement pour toute sanction ayant le caractère d'une punition, à l'instar de l'inéligibilité prononcée par le Conseil constitutionnel. D'une part, la sanction ne paraît pas « manifestement disproportionnée » au regard de la gravité du comportement. D'autre part, le Conseil constitutionnel prononce la sanction au regard des « circonstances de l'espèce », ce qui est conforme aux principes de proportionnalité et d'individualisation de la peine.

### b. Les conflits d'intérêts

L'article LO 135-1 du Code électoral est modifié. Ce dernier oblige les députés à établir une déclaration de situation patrimoniale, dont le renouvellement est prévu tous les ans et non plus tous les six mois, selon l'article 16 de la loi organique, ainsi qu'une déclaration d'intérêts et activités. Cette dernière est complétée par la loi organique, article 6, et elle doit comporter dorénavant « les participations directes ou indirectes qui confèrent le contrôle d'une société, d'une entreprise ou d'un organisme dont l'activité consiste principalement dans la fourniture de prestations de conseil ». Le Conseil constitutionnel a validé cette obligation complémentaire de déclaration d'intérêts et activités, car elle poursuit un « motif d'intérêt général » en renforçant les « garanties de probité et d'intégrité » de ces personnes. À ce titre, l'atteinte portée à la vie privée n'est pas disproportionnée.

Par voie de conséquence, l'article LO 146 de ce même Code est modifié et pose une incompatibilité entre le mandat de parlementaire et la fonction de chef d'entreprise ou de membre d'une instance dirigeante d'une société dont l'activité principale consiste à fournir des prestations de conseil aux sociétés, entreprises ou organismes ayant des activités contrôlées par l'État ou les collectivités territoriales et énumérées dans l'article. Un nouvel article LO 146-1 est ajouté dans le Code électoral pour interdire à tout député de commencer ou de poursuivre une activité de conseil, si elle a débuté dans les douze mois précédant son mandat. Il lui est interdit de fournir de telles prestations aux entreprises ayant des activités dépendant de l'État ou des collectivités territoriales (les mêmes que celles visées précédemment). S'ajoute une interdiction

## Actualité pénale

de fournir des conseils « à des gouvernements, des entreprises publiques, autorités administratives ou toute autre structure publique étrangers ». Le nouvel article LO 146-2 interdit aux députés d'acquiescer ou d'exercer le contrôle de ces sociétés de prestation de conseil.

Le législateur n'interdit pas de façon générale l'exercice des activités de conseil, mais prévient le détournement de la loi et la prise de ces fonctions uniquement dans le but d'utiliser et de tirer profit des activités de parlementaire. En tenant compte de ces incompatibilités définies de manière proportionnée, le Conseil constitutionnel considère que les dispositions ne sont pas contraires à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen permettant à tous de concourir à la formation de la loi.

L'article LO 146-3 régit aussi l'exercice du lobbying en interdisant aux députés d'exercer « l'activité de représentant d'intérêts », que ce soit à titre individuel ou au sein d'une personne morale. La nouvelle loi compte ainsi régler une partie des conflits d'intérêts entre la sphère publique et privée, notamment l'utilisation des agendas et réseaux d'influence dans le cadre des activités rémunérées de conseils. Le député dispose de trois mois pour mettre fin à cette incompatibilité, soit en cédant tout ou partie de sa participation, soit en confiant la gestion à autrui, de façon à exclure « tout droit de regard de sa part ». Cette dernière expression reste assez floue sur le plan juridique et pourra faire l'objet de discussion devant le Conseil constitutionnel qui est compétent pour connaître des contestations des situations de conflit d'intérêts, le cas échéant.

Afin de tirer toutes les conséquences des situations de conflits d'intérêts, la loi organique modifie aussi l'article LO 145 et élargit l'incompatibilité générale entre le mandat de député et les fonctions de président, directeur général, directeur général adjoint dans une entreprise publique, un établissement public ou une autorité administrative. Le député ne peut se voir désigné en cette qualité qu'en vertu de dispositions législatives. Il ne peut percevoir à ce titre aucune rémunération, gratification ou indemnité. Une exception est expressément prévue et elle concerne les fonctions de président ou de membre du conseil de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations, pour

## Actualité pénale

tenir compte des particularités du statut de cet organisme. Des dispositions transitoires sont prévues. Si les dispositions nouvelles entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2018, les députés et sénateurs qui se trouvent dans la situation d'incompatibilité à cette date peuvent continuer à exercer leurs fonctions pour la durée pour laquelle ils ont été désignés.

Le législateur manifeste ainsi sa volonté de rendre plus rigoureux le régime des incompatibilités entre les fonctions de député et les fonctions de direction au sein de sociétés travaillant de façon substantielle, y compris de manière indirecte, pour une personne publique. Le Conseil constitutionnel valide ces dispositions pour prévenir tout risque de conflit d'intérêts. Les parlementaires disposent d'un délai de trois mois pour se mettre en conformité avec les obligations nouvelles.

### c. La fin de la « réserve parlementaire »

L'article 14 de la loi organique met fin à la « réserve parlementaire », « consistant en l'ouverture de crédit en loi de finances par l'adoption d'amendements du Gouvernement reprenant des propositions des membres du Parlement en vue du financement d'opérations déterminées ». Issue de la pratique, la réserve parlementaire était défendue par certains au titre du soutien des investissements de proximité et décriée par d'autres au nom d'un « clientélisme » qui cachait son nom. Dans un contexte très tendu sur la contestation de l'attribution de ces subventions selon des critères discrétionnaires par les parlementaires, sa suppression est validée par le Conseil constitutionnel avec une réserve d'interprétation. Les dispositions « visent à assurer le respect de la séparation des pouvoirs et des prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution pour l'exécution du budget de l'État » mais ne peuvent être interprétées comme « limitant le droit d'amendement du Gouvernement en matière financière ». Le régime transitoire est conforme à la Constitution puisque les nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux crédits ouverts avant l'exercice 2018.

Sur le même modèle, l'article 15 de la loi définitivement adoptée prévoit la fin de la « réserve ministérielle » prévoyant que le Gouvernement ne peut accorder de subventions aux collectivités territoriales et à leurs

## Actualité pénale

groupements à ce titre. Cet article est déclaré inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel, car il porte atteinte à la séparation des pouvoirs « en limitant ainsi les prérogatives du Gouvernement ».

### 3. Dispositions diverses

La loi organique, dans son article 18, crée la nouvelle fonction de médiateur du crédit aux candidats et aux partis politiques relevant du pouvoir de nomination du Président de la République après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Cette procédure contraignante s'applique à certaines fonctions particulièrement délicates et importantes et le Conseil constitutionnel considère que cette nouvelle fonction en fait partie « eu égard à leur importance pour la garantie des droits et libertés ».

Un certain nombre de dispositions sont invalidées par le Conseil constitutionnel.

L'article 16 impose aux membres du Conseil supérieur de la magistrature les mêmes obligations de déclaration de situation patrimoniale qu'aux parlementaires et à certains membres d'autorités administratives. Le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la pertinence du dispositif mais constate qu'il s'agit d'un « cavalier législatif », puisque les amendements adoptés par le Sénat ne présentent aucun lien, même indirect, avec le projet de loi organique qui lui était soumis.

L'article 17 prévoit que la Haute autorité pour la transparence de la vie publique peut exercer directement le droit de communication de certains documents ou renseignements, reconnu à l'administration fiscale, afin de recueillir toutes informations utiles à l'accomplissement de sa mission de contrôle à l'égard des parlementaires, notamment le droit de se faire communiquer les données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques, etc. La communication de ces éléments est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée. En l'absence de garanties suffisantes, la procédure porte une atteinte disproportionnée à la vie privée.

Les mêmes obligations de déclaration et de prévention des conflits d'intérêts sont applicables aussi aux représentants du Parlement

## Actualité pénale

européen, mais elles figurent dans la loi ordinaire (article 31).

### II. LA LOI ORDINAIRE

Si la loi organique pose un certain nombre de nouvelles règles en matière d'éligibilité, incompatibilité et conflits d'intérêts, la loi ordinaire se charge d'assortir la plupart de ces nouvelles obligations de sanctions, souvent de nature pénale.

#### 1. La peine d'inéligibilité

La loi du 15 septembre 2017 commence par apporter un certain nombre de modifications dans le Code pénal, même si elles ne sont pas significatives.

Le Code pénal, dans son article 131-26, énumère le contenu de la peine d'interdiction des droits civils, civiques et de famille qui porte sur le droit de vote, l'éligibilité, le droit d'exercer certaines fonctions juridictionnelles, le droit de témoigner en justice, le droit d'être tuteur ou curateur. L'interdiction du droit de vote ou de l'inéligibilité emporte interdiction d'exercer une fonction publique. Le juge peut prononcer le retrait de la totalité de ces droits ou seulement d'une partie et pour une durée limitée de cinq ans en matière délictuelle et de dix ans en matière criminelle. La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a créé un article 132-26-1 prévoyant que la peine d'inéligibilité « peut être prononcée pour une durée de dix ans au plus à l'encontre d'une personne exerçant une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits ». À son tour, la loi du 15 septembre 2017, continuant le même esprit que celle de la loi de 2013, ajoute un article 132-26-2 qui rend la peine complémentaire d'inéligibilité obligatoire à l'encontre des personnes coupables d'un délit énuméré dans ce même texte ou d'un crime.

Sans en faire une liste exhaustive, on y trouve certaines qualifications délictuelles contre les personnes - des violences volontaires, l'administration de substances nuisibles, le fait de contraindre une personne à contracter un mariage, les agressions sexuelles, le proxénétisme - ou



## Actualité pénale

contre les biens - l'escroquerie, l'abus de confiance, ainsi que leur recel ou leur blanchiment, les actes de terrorisme, différents délits de corruption, trafic d'influence, concussion, ainsi que leur recel et blanchiment, des délits de faux, ainsi que leur recel et blanchiment - contenues dans le Code pénal. S'ajoutent des comportements incriminés dans d'autres sources - la fraude fiscale lorsqu'elle est commise en bande organisée ou avec un comportement complexe défini par le livre de procédure fiscale, comme l'utilisation de comptes à l'étranger, l'interposition de personnes ou sociétés, l'utilisation de faux, la domiciliation fiscale fictive à l'étranger, les manœuvres frauduleuses (articles 1741 et 1743 du Code général des impôts) ; le délit d'initié (L. 465-1 à L. 465-3-3 du Code monétaire et financier) ; les abus de biens sociaux (articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce) ; la violation des règles de financement de campagne (l'article L. 113-1 du Code électoral) ; la violation des obligations de déclaration de situation patrimoniale et de situation d'intérêts et activités (l'article LO 135-1 du Code électoral).

Plusieurs observations peuvent être faites. En premier lieu, dans le cadre des infractions contre les biens, le législateur prévoit de manière générale de punir leur recel ou leur blanchiment. Si l'absence de cette disposition n'étonne pas pour certaines infractions contre les personnes, elle est discutable dans d'autres cas, à l'instar, notamment, du proxénétisme. Peut-être eut-il été préférable d'adopter la position de principe du Code pénal et de punir le recel ou le blanchiment de ces infractions, sans tenir compte de leur nature matérielle ou de leur objectif d'appropriation ou d'enrichissement. D'ailleurs, cette méthode est bien retenue par le législateur dans ce même article, puisque l'énumération est close par le délit de participation à une association de malfaiteurs lorsqu'il a pour objet la préparation d'un crime ou d'un délit figurant sur la liste limitative.

Ensuite, il est possible de souligner que l'inéligibilité est une peine spéciale en matière délictuelle, mais qu'elle devient générale en matière criminelle puisqu'elle s'applique à toute qualification criminelle. La peine est d'ailleurs inscrite sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire et maintenue pendant toute la durée de l'inéligibilité.

Enfin, la nature de la peine doit être soulignée. L'inéligibilité est une peine complémentaire obligatoire. Si le nouveau Code pénal a interdit

## Actualité pénale

les peines accessoires d'application automatique, le Conseil constitutionnel a introduit une distinction sibylline entre les peines complémentaires facultatives et obligatoires, ce qui lui a permis de valider ces dernières, alors qu'elles se rapprochent juridiquement des peines accessoires. Cependant, il a soumis leur validité à l'exercice du pouvoir d'individualisation de la peine par le juge. La loi du 15 septembre 2017 se conforme parfaitement à ces exigences puisqu'elle prévoit « Toutefois, la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer la peine prévue par le présent article, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ». Le pouvoir de personnalisation judiciaire est ainsi préservé à un double niveau. D'une part, il peut choisir de ne pas prononcer la peine d'inéligibilité. Dans ce cas, il doit motiver spécialement sa décision. L'inéligibilité représente donc le droit commun. Le fait de ne pas l'appliquer constitue l'exception demandant l'intervention du juge. D'autre part, il peut moduler la peine d'interdiction des droits civiques, civils et de famille, aussi bien du point de vue de son contenu que du point de vue de sa durée.

Le Conseil constitutionnel valide la peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité mise en œuvre par le loi du 15 septembre 2017, mais émet une réserve d'interprétation. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen impose au législateur de n'adopter « que des peines strictement et évidemment nécessaires », pouvoir qu'il exerce en vertu de la Constitution dans son article 34. Le Conseil constitutionnel ne dispute pas ce pouvoir général d'appréciation et de décision en matière de peine. « Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ». Le même article 8 assure le principe d'individualisation des peines qui impose que le juge prononce chaque peine en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Cependant, cet article ne paralyse pas le législateur et ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre d'une répression effective des infractions. Le Conseil constitutionnel écarte les critiques de cette disposition sur le fondement de deux arguments. D'une part, l'application obligatoire de l'inéligibilité renforce « l'exigence de probité et d'exemplarité des élus et la confiance des électeurs dans leurs

## Actualité pénale

représentants », raison pour laquelle son application est limitée aux infractions les plus graves ou à celles qui portent atteinte à la confiance ou au bon fonctionnement du système. D'autre part, si la peine est obligatoire, il existe une soupape de sécurité qui permet, soit de l'écarter, soit de la moduler. En effet, elle est obligatoirement prononcée par le juge puisqu'il doit en préciser la durée.

Mais le Conseil constitutionnel ajoute une réserve d'interprétation. L'article 132-26 du Code pénal, dans son dernier alinéa, prévoit que la peine d'inéligibilité entraîne de plein droit une interdiction ou une incapacité d'exercer une fonction publique. Par voie de conséquence, la peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité prévue par le nouvel article 132-26-2 entraînerait cette même interdiction. Or, cet effet constituerait une méconnaissance du principe de proportionnalité des peines, ainsi qu'une violation du principe d'individualisation des peines. Le Conseil constitutionnel précise donc que la peine d'inéligibilité de l'article 132-26-2 ne peut en aucun cas être interprétée comme déclenchant l'interdiction d'exercer une fonction publique.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel considère que le fait d'assortir d'inéligibilité certains délits de presse est contraire à la Constitution, car portant une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, même s'il reconnaît que certains « abus dans la liberté d'expression sont condamnables ». « La liberté d'expression revêt une importance particulière dans le débat politique et dans les campagnes électorales » et est protégée à ce titre.

### 2. Les conflits d'intérêts

La loi du 15 septembre 2017 modifie l'ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires afin de prévenir et faire cesser les situations de conflits d'intérêts entre un intérêt public et un intérêt privé. Chaque assemblée définit ses propres règles, après consultation de l'organe chargé de la déontologie parlementaire. Ce dernier peut demander communication aux membres des assemblées d'un document nécessaire à l'exercice de ses missions. Elle précise les règles applicables à ses membres, veille à leur

## Actualité pénale

mise en œuvre, organise la tenue d'un registre public, publié par voie électronique, dans un standard ouvert, recensant les cas dans lesquels un parlementaire n'a pas participé à des travaux du Parlement en raison d'une situation de conflit d'intérêts. Le Conseil constitutionnel considère que ces dispositions sont conformes au principe de la séparation de pouvoirs et n'ont « ni pour objet ni pour effet de contraindre un parlementaire à ne pas participer aux travaux du Parlement ». Ce même dispositif de registre recensant les situations de conflits d'intérêts pour les membres du Gouvernement est créé et doit être précisé par un décret en Conseil d'État.

Les obligations déclaratives auxquelles sont soumis les parlementaires sont peu modifiées. Les déclarations de situation patrimoniale doivent être renouvelées tous les ans et non plus tous les six mois. Les obligations déclaratives s'imposent aux membres de l'organe de déontologie parlementaire qui n'y seraient pas soumis à un autre titre.

En revanche, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle une disposition qui reprenait un mécanisme prévu par la loi organique et qui a été aussi censuré. La prérogative accordée à la HATVP de demander communication des données de connexion électronique est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée et la procédure de mise en œuvre n'a pas été entourée de garanties suffisantes. L'article 9 de la loi est, par voie de conséquence, inconstitutionnel.

### 3. Les emplois de collaborateur de parlementaire, de ministre ou d' élu local

Annoncée comme la mesure phare de la nouvelle loi, suscitée par le scandale politique de la dernière élection présidentielle, la loi introduit des règles relatives aux emplois de collaborateurs d'une personne bénéficiant d'un mandat électif ou d'un emploi ministériel. Le dispositif mis en place reconnaît une progression dans la prise en compte des liens familiaux et il est décliné selon le statut ou le mandat électif dont dispose la personne. Il vise les membres du Gouvernement (article 11), les députés et sénateurs (article 14), l'autorité territoriale (article 15), les maires et les président de syndicat de communes des TOM (article 16). L'article 11-I pose une interdiction aux membres du Gouvernement de

## Actualité pénale

compter parmi les membres de leur cabinet un certain nombre de personnes de leur famille qui sont expressément désignées - son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ; ses parents ou les parents de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ; ses enfants ou les enfants de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin. La violation de cette interdiction entraîne des sanctions de nature différente. L'acte de nomination est considéré comme illégal et il y a cessation de plein droit du contrat. En revanche, aucun remboursement des sommes perçues ne peut être exigé du collaborateur, cette obligation incombant exclusivement au membre du Gouvernement. Ce dernier encourt aussi une sanction pénale sous la forme d'une peine d'emprisonnement et 45 000 € d'amende. Il y a une véritable gradation dans la réponse apportée à ce comportement. Si le collaborateur encourt seulement des sanctions de nature civile, le membre du Gouvernement engage à la fois sa responsabilité civile et pénale.

L'article 11-II oblige un membre du Gouvernement à informer la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique s'il compte parmi les membres de son cabinet certaines personnes de sa famille qui sont expressément désignées : son frère ou sa sœur ou leurs conjoints, leurs enfants et leurs conjoints respectifs ; son ancien conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un de leurs enfants, frères ou sœurs ; les frères ou sœurs de leurs conjoints. Le dispositif est décliné à l'identique à l'égard des collaborateurs d'autorités territoriales.

L'article 14 prévoit les mêmes interdictions et obligations de déclaration d'emploi applicables aux députés et sénateurs, mais la procédure est différente puisque la déclaration est adressée à l'organe chargé de la déontologie au sein de chaque assemblée. Lorsque ce dernier constate une telle situation, de sa propre initiative ou sur signalement, il peut faire usage d'un pouvoir d'injonction pour faire cesser cette situation et la rendre publique. Ces mécanismes se cumulent avec l'application des qualifications pénales des articles 432-10 et suivants du Code pénal qui sanctionnent les manquements au devoir de probité, qu'il s'agisse de la concussion, de la corruption ou du trafic d'influence ou de la prise illégale d'intérêts.

## Actualité pénale

Le titre IV de la loi pose des obligations différentes touchant les membres de sa famille selon la nature des liens. Ainsi, un premier cercle familial, caractérisé par la conjugalité, au sens large, et les liens de premier degré, enfants ou parents, est désigné comme objet d'interdiction absolue de participation à la vie du cabinet. La violation de l'interdiction entraîne une peine délictuelle et montre une volonté forte d'exclure toute participation de leur part. Le deuxième cercle familial, se composant des frères et sœurs, leurs alliés et leurs enfants, mais aussi les anciens conjoints et leurs enfants, frères et sœurs conduit à une forme de surveillance renforcée et de suspicion. Leur participation est autorisée mais doit être déclarée. La loi prend en compte, à la fois, l'élargissement juridique des liens familiaux par la reconnaissance du pacte civil de solidarité et du concubinage, mais aussi la réalité sociologique de la famille par la prise en considération des recompositions successives familiales. La loi met en œuvre un système d'interdiction ou de déclaration des emplois familiaux sur le modèle d'un tremblement de terre. L'élu est l'épicentre et les membres familiaux sont des ondes de choc. Plus on s'éloigne du centre, moins elles sont soumises à la rigueur des secousses.

La loi régleme une pratique assez répandue dans les milieux politiques. Le proche était embauché dans le cabinet d'un collègue, à charge de revanche, ce qui permettait d'éviter les critiques sur d'éventuelles interférences familiales dans le travail. Ces emplois de collaborateurs « croisés » doivent désormais faire l'objet de déclaration. Le collaborateur concerné par cette situation doit en informer, à la fois, l'élu pour lequel il travaille, mais aussi l'autorité chargée du contrôle, la HATVP ou le déontologue des assemblées.

Le Conseil constitutionnel a validé l'interdiction et les obligations déclaratives des emplois dits « familiaux ». Il considère que le dispositif ne porte atteinte ni à la séparation des pouvoirs et à la liberté des membres du Gouvernement de choisir leurs collaborateurs, ni à l'égalité devant la loi ou d'accès à l'emploi public ou encore à la liberté de contracter mariage. Néanmoins, le Conseil constitutionnel censure une partie du dispositif applicable aux membres du Gouvernement. La HATVP disposait d'un pouvoir d'injonction pour faire cesser une situation contraire aux dispositions de la loi, ce qui oblige, de facto, le ministre à mettre fin au contrat de travail ou le collaborateur à



## Actualité pénale

démissionner. En confiant ce pouvoir à une autorité administrative indépendante, la loi méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs. Il convient de remarquer que ce même pouvoir est accordé à l'organe chargé de la déontologie des Assemblées parlementaires, tout en étant validé par le Conseil constitutionnel.

Si les « emploi familiaux » ont défrayé la chronique, les emplois « fictifs » des collaborateurs accomplissant en réalité des missions pour les partis politiques révèlent une problématique récurrente qui a souvent été soulevée. Le scandale des « collaborateurs européens » a d'ailleurs touché le garde des Sceaux en pleine discussion de cette loi, le poussant à la démission. Pour cette raison, l'article 13 dispose que les parlementaires doivent aviser l'organe chargé de la déontologie des fonctions exercées par un de leurs collaborateurs au sein d'un parti ou groupement politique et des activités exercées au profit de représentants d'intérêts. Le Conseil constitutionnel a considéré que cette disposition n'était pas contraire à la Constitution et au libre exercice de l'activité des partis en obligeant le parlementaire à dévoiler l'appartenance politique de son collaborateur. Elle vise « à éviter des détournements dans l'utilisation du crédit affecté à la rémunération des collaborateurs parlementaires ».

Par ailleurs, la loi définit le statut de collaborateur parlementaire (article 12) qui est employé sous contrat de droit privé. Les députés et sénateurs bénéficient d'un crédit affecté à la rémunération de leurs collaborateurs dont ils sont les employeurs directs. Si le bureau de chaque assemblée définit les conditions générales d'emploi des collaborateurs, chaque parlementaire définit les tâches confiées et en surveille l'exécution. La fin du mandat parlementaire constitue « un motif spécifique de licenciement du collaborateur reposant sur une cause réelle et sérieuse ».

La loi a prévu un régime transitoire pour les contrats de collaborateurs en cours qui en méconnaîtraient les dispositions d'incompatibilité familiale. Ces contrats prennent fin de plein droit, sous réserve des dispositions spécifiques en matière de protection de la grossesse et de la maternité, sous le régime d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse. Le collaborateur effectue son préavis et a droit aux indemnités

## Actualité pénale

de licenciement. Le parlementaire n'est pas pénalement responsable de l'infraction d'emploi familial pendant cette période transitoire. Il est intéressant de noter que la qualification pénale de l'infraction est maintenue, pour montrer la force de l'interdit pénal, mais son auteur est exonéré de sa responsabilité pénale. Il s'agit ici d'une cause d'irresponsabilité fondée sur l'ordre et la permission de la loi, article 122-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal. Le même dispositif est applicable à l'autorité territoriale. La rupture de plein droit du contrat de travail par l'application d'une nouvelle interdiction constitue une mesure radicale, mais elle est considérée par le Conseil constitutionnel comme conforme à la Constitution. Visant « à accroître la confiance des citoyens dans l'action publique en renforçant les garanties de probité et d'exemplarité des responsables publics et en limitant les situations de conflit d'intérêts et les risques de népotisme », elle est conforme à un motif d'intérêt général. Ces mesures sont complétées par des précisions sur les indemnités des membres du Parlement (article 20 et suivants) et, plus particulièrement, sur l'indemnité représentative et le remboursement des frais de mandat qui se fait sur présentation de justificatifs.

### 4. Dispositions diverses

Le Président de la République peut solliciter la transmission de certains éléments avant de nommer une personne au Gouvernement - les éléments dont dispose la HATVP, une attestation fiscale, le bulletin n° 2 du casier judiciaire (article 22). Le Premier ministre est également destinataire de ces informations. Le Conseil constitutionnel a rejeté les critiques sur l'atteinte portée à la vie privée en considérant que l'atteinte était justifiée par un intérêt général et qu'elle était adéquate et proportionnée à l'objectif poursuivi, puisqu'elle ne porte que sur la situation patrimoniale et fiscale de l'intéressé.

La loi définit de nouvelles règles en matière de financement de la vie politique. Les partis et groupements politiques peuvent recevoir des dons de personnes physiques ou morales, mais ne peuvent bénéficier de prêts de la part de personnes physiques que si ces prêts ne sont pas consentis à titre habituel. Toutes les ressources doivent provenir de

## Actualité pénale

personnes identifiées. Le dirigeant d'un parti doit déposer les comptes du parti qu'il dirige. La violation de cette règle l'expose à une peine d'emprisonnement de trois ans et de 45 000 € d'amende. Dans la même philosophie de transparence et d'identification, les dispositions relatives aux campagnes électorales sont aussi modifiées (article 26). La loi définit le rôle du médiateur du crédit aux candidats et aux partis politiques qui « est chargé de concourir, en facilitant le dialogue entre, d'une part, les candidats à un mandat électif et les partis et groupements politiques et, d'autre part, les établissements de crédit et les sociétés de financement, au financement légal et transparent de la vie politique, en vue de favoriser l'égalité de tous devant le suffrage, les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

## Police administrative

Par M. Ludovic Guinamant

### Lutte contre le dopage sportif : un entraîneur ne peut s'opposer à un contrôle antidopage pour des motifs de plannings d'entraînement

*Conseil d'État, ordonnance du 25 août 2017, n°413353*

Par délégation du directeur du département des contrôles de l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD), le Conseiller interrégional en charge de la lutte contre le dopage en régions Corse Provence-Alpes-Côte d'Azur a donné mission, le 17 octobre 2016, à Mme C., préleveur agréé et assermenté, ainsi qu'à M. F., préleveur en formation, de procéder le 18 octobre 2016, à Marseille, à un contrôle antidopage, consistant à réaliser des prélèvements urinaires et sanguins aux fins d'établissement du profil biologique sur trois sportifs participant à un entraînement de natation dans la piscine du Cercle des nageurs de Marseille.

Le rapport de Mme C. et de M. F. indique que ces derniers se sont présentés à 9 heures 50 dans cette piscine pour organiser le contrôle de trois nageuses. M.B..., titulaire d'une licence délivrée par la Fédération française de natation et participant à cet entraînement en sa qualité d'entraîneur au Cercle des nageurs de Marseille, a demandé aux préleveurs d'attendre la fin de l'entraînement puis leur a fait part de sa décision de « *refuser le contrôle au motif du délai d'attente obligatoire post activité physique, les nageurs ayant un deuxième entraînement dans la journée à 16 heures* ».

Par une décision du 6 juillet 2017, l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) a interdit à un entraîneur de natation de participer, pendant six mois, à l'organisation et au déroulement des compétitions et manifestations sportives autorisées ou organisées par la Fédération française de natation ainsi qu'aux entraînements y préparant, au motif que cet entraîneur s'était opposé à un contrôle antidopage de nageuses qu'il entraîne.

## Police administrative

L'entraîneur a alors saisi le Conseil d'État d'une demande d'annulation de cette sanction. Dans l'attente que le Conseil d'État se prononce au fond sur la légalité de la décision, il a en outre demandé au juge des référés du Conseil d'État de suspendre son exécution.

Pour contester la sanction, l'entraîneur soutenait qu'il s'était borné, lors du contrôle, à discuter de l'opportunité d'un tel contrôle au regard des plannings d'entraînement. Le juge des référés constate toutefois que le rapport établi lors des discussions entre l'entraîneur et les agents de l'AFLD mentionne la décision de l'entraîneur de s'opposer au contrôle et de le refuser, en des termes clairs. Il estime qu'en professionnel averti, ayant déjà subi de nombreux contrôles, l'entraîneur n'a pas pu se méprendre sur la portée de ces termes et relève que l'entraîneur a signé ce document sans y avoir porté de réserve ni fait état d'une appréciation contraire. Le juge des référés du Conseil d'État en déduit qu'il est, en l'état, impossible d'estimer que l'appréciation des faits opérée par l'Agence ait été erronée.

Le Conseil d'État, dans cette décision prononcée par le juge des référés, renforce la position de l'AFLD dans sa lutte contre le dopage. Néanmoins, la motivation retenue par la Haute juridiction administrative peut également laisser penser que si l'entraîneur avait apporté avec précision une argumentation détaillée et précise concernant notamment la récupération physique des sportifs de haut niveau, son appréciation aurait été différente. Dans son ordonnance, c'est donc plus l'absence de coopération de l'entraîneur qui est sanctionnée que le refus de se soumettre à un contrôle anti-dopage.

**Troubles à l'ordre public : l'inaction de l'autorité de police ne porte pas atteinte aux libertés fondamentales si ni le lieu de réunion ni les modalités de la réunion ne sont connus de l'autorité de police**

*Conseil d'État, ordonnance du 14 août 2017, n°413354*

## Police administrative

Un site Internet a annoncé l'organisation d'un camp d'été, présenté comme un « *camp d'été décolonial* », réservé exclusivement « *aux personnes subissant à titre personnel le racisme d'État en contexte français* », devant se tenir du 12 au 16 août 2017, sans que le lieu envisagé pour cette réunion soit rendu public.

Selon les indications mentionnées sur ce site Internet, cette réunion consiste à organiser pendant quelques jours des « *espaces de transmission, de rencontres et de formation politique* » au sujet de « *l'antiracisme politique* », en vue de « *se former, de partager et de [se] renforcer pour les luttes et mobilisations à venir* ». La participation à ce regroupement nécessite de se conformer à une procédure d'inscription préalable sur le site Internet en cause et de contribuer à la couverture des frais de l'événement.

S'estimant victime d'une discrimination raciale, faute de pouvoir participer à un tel camp, M. D. a demandé au juge des référés du Conseil d'État d'enjoindre au Premier ministre ou au ministre d'État, ministre de l'Intérieur, sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, d'interdire la tenue du « *camp d'été décolonial* » projeté ou, à défaut, d'en prescrire l'ouverture à tous, sans distinction de couleur de peau ou d'origine ethnique.

Le juge des référés du Conseil d'État rejette toutefois la demande présentée par M. D. en l'absence d'illégalité manifeste. En effet, il précise que de nombreuses incertitudes caractérisent en effet la tenue et les modalités de cette réunion : d'une part, le lieu de la réunion, annoncée uniquement sur un site Internet, n'est pas connu et d'autre part, son contenu et ses modalités ne sont pas davantage précisés, si bien qu'il n'est pas possible de savoir si cette réunion a le caractère d'une réunion privée, que les autorités de police ne peuvent en tout état de cause pas interdire, ou d'une manifestation publique ni si son accès est effectivement réservé à une catégorie de personnes déterminées. Le juge des référés du Conseil d'État en conclut qu'en ne réagissant pas à l'annonce d'une telle réunion, dont ni le lieu, ni la nature ni les modalités ne sont connus, les autorités investies du pouvoir de police n'ont pas porté une atteinte manifestement illégale à une liberté

## Police administrative

fondamentale qu'il appartiendrait au juge des référés de faire cesser et rejette la demande.

### La Cour de justice de l'Union européenne valide le mécanisme européen de relocalisation des réfugiés

*CJUE, 6 septembre 2017, n°C-643-15*

La récente situation de crise en Méditerranée a amené les institutions de l'Union européenne à reconnaître immédiatement le caractère exceptionnel des flux migratoires dans cette région et impose des mesures concrètes de solidarité à l'égard des États membres situés en première ligne. En particulier, à l'occasion d'une session conjointe des ministres des Affaires étrangères et de l'Intérieur, le 20 avril 2015, la Commission européenne a présenté un plan de mesures immédiates en dix points pour faire face à cette crise, comprenant un engagement à examiner les possibilités d'instaurer un mécanisme de relocalisation d'urgence.

Une décision du Conseil du 22 septembre 2015 prévoyait la relocalisation de 66 000 demandeurs de protection internationale, au départ de l'Italie (15 600 personnes) et de la Grèce (50 400 personnes) vers les autres États membres à l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark, sous forme de contingents fixés pour chacun de ces États membres d'accueil.

La Hongrie et la République slovaque ont alors demandé l'annulation de cette décision de la Commission à la Cour de justice de l'Union européenne.

La juridiction européenne rejette la demande en considérant notamment que « face à la situation d'urgence dans laquelle se trouvaient la République hellénique et la République italienne à la suite d'un afflux sans précédent de migrants pendant les mois de juillet et d'août de l'année 2015, [le Conseil se devait] de prendre des mesures pouvant rapidement être mises en place et produire un effet concret aux fins d'aider ces États membres à maîtriser les flux migratoires importants sur leur territoire. En outre, eu égard aux considérations et

## Police administrative

*données statistiques [...], il ne saurait être valablement soutenu que le Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation en ayant considéré que cette situation nécessitait l'adoption d'une mesure temporaire de relocalisation de nature contraignante ».*



## Droit des collectivités territoriales

Par M. Xavier Latour

### La réforme sans cesse en mouvement des collectivités territoriales

La France a beau être un État unitaire, sa décentralisation n'en est pas moins un sujet juridico-politique de la première importance.

Le Président Macron a marqué son intérêt pour ce sujet dès le début de son mandat en ouvrant, le 17 juillet 2017, la conférence nationale des territoires, devant les élus locaux.

Le précédent quinquennat avait connu deux réformes majeures : la création des métropoles et la réduction du nombre de régions.

L'actuel s'annonce aussi riche en réformes. Le Président a présenté sa vision de l'avenir, en exposant son souhait de voir diminuer le nombre d'élus, de réformer la fiscalité locale et d'arriver à 13 milliards d'économies d'ici à 2022.

Dans un contexte de réduction des dépenses publiques, le nouvel exécutif s'intéresse de près à l'organisation territoriale. Il entend refonder le rôle de l'État et améliorer les liens avec les collectivités pour obtenir davantage de complémentarité.

Cela impliquera une nouvelle évolution institutionnelle pour encourager les regroupements. De leur côté, les régions devraient, encore, se renforcer en bénéficiant d'un droit à l'expérimentation.

La multiplication des réformes ces dernières années a profondément bouleversé le paysage des collectivités territoriales, ce qui pourrait avoir des conséquences sur la conduite des politiques de sécurité.

### La multiplication des réformes

Pour le moins, le droit des collectivités territoriales a connu ces dernières années une accélération marquée des réformes.

Au nom de la rationalisation, particulièrement économique, la

## Droit des collectivités territoriales

décentralisation est régulièrement refondée, modernisée, ou approfondie en fonction des termes retenus par le législateur pour motiver son intervention. Après la réforme 2010 et depuis 2014, chaque année a connu une loi relative à la décentralisation.

La carte et les compétences héritées des premières lois du XIX<sup>e</sup> siècle, puis de celles de 1982, sont largement remaniées. La tendance lourde est à un affaiblissement du département, au regroupement des communes, à la montée en puissance des régions et des métropoles. Pour autant, la ligne directrice globale ne ressort pas toujours nettement. Les formules du passé sont décriées, mais celles de l'avenir demeurent incertaines dans leurs effets.

La préoccupation économique explique pour l'essentiel le sort réservé aux régions qui apparaissent sans conteste comme l'échelon privilégié par l'État. Théoriquement renforcées par les fusions de 2015 et plus performantes, elles s'exposent à la critique. Les économies espérées peinent à se faire sentir. Plus grave, à ce stade, la réduction de leur nombre engendrerait surtout des dépenses supplémentaires dues à l'existence de nombreuses superpositions administratives.

À l'inverse, le département fait face à de sérieuses contestations, au point qu'il serait en sursis. Mais le sursis se prolonge, car le département est non seulement protégé par la Constitution, mais aussi par l'attachement des administrés. Malgré sa persistance institutionnelle, le département ressort affaibli des dernières réformes. Ses compétences se réduisent au strict minimum en raison de la concurrence des régions et des intercommunalités.

Du schéma historique, seule la commune semble apparemment préservée. Même si la diversité des communes doit s'effacer au profit des regroupements, plus ou moins artificiels, cet échelon résiste. Une résistance néanmoins compliquée, car les transferts de compétences au profit des intercommunalités tendent à redistribuer les cartes tout en sauvant les apparences.

Parallèlement à la modification des anciens cadres, de nouvelles formules émergent.

Tel est le cas des métropoles. Faudrait-il encore que les Français les connaissent. Pour le moment, elles relèvent plutôt de l'implicite que de

## Droit des collectivités territoriales

l'explicite. Centres de développement économique voulu par le législateur depuis 2010, elles se caractérisent par leur grande complexité et leur diversité, ce qui les rend délicates à saisir.

Elles devraient, à terme, devenir des collectivités à part entière, malgré tout, leur avenir n'est pas clair. De nombreux questionnements percent, notamment du côté des communes rurales et des zones périphériques qui craignent, à juste titre, d'être les grandes perdantes de la modernité territoriale.

Toutes ces évolutions ne se comprennent pas uniquement dans le cadre des relations entre l'État et les collectivités, mais aussi et, de plus en plus, des collectivités entre elles. À la question, déjà sensible, de la répartition des compétences entre le centre et la périphérie, s'ajoute désormais une concurrence entre les différentes collectivités.

Chacune entend s'imposer comme un échelon de référence pour ne pas disparaître ou être réduite à la portion congrue.

La compétition territoriale accompagne la réforme territoriale. La pression économique, alliée à la recherche de résultats, favorise les redistributions.

La création des conférences territoriales de l'action publique par la loi NOTRe (article L 1111-9 du Code général des collectivités territoriales) était censée favoriser la concertation entre les différentes collectivités. Force est de constater qu'elles ne remplissent pas véritablement l'objectif assigné. Généralement, les régions les assimilent davantage à un outil d'information et non de coordination.

### L'impact potentiel sur les politiques de sécurité

À la mode dans de nombreux domaines, il est pourtant difficile de travailler dans le cadre de l'intercommunalité en matière de sécurité.

Or, cela ne s'explique pas seulement par la crainte des maires de se faire déposséder d'un pouvoir politique symbolique (peut-être le dernier). Les administrés attendent, voire réclament une sécurité de proximité. Dans la tradition juridique française, le maire demeure une figure de référence. Facilement identifié, légitimé par son élection, il est en première ligne face aux préoccupations des habitants.

## Droit des collectivités territoriales

Cependant et bien qu'apparemment préservé, l'échelon communal connaîtra certainement de nouvelles évolutions des compétences exercées.

Alors que les transferts de compétences fondés sur le volontariat n'ont pas toujours produit les résultats escomptés, l'exécutif ira-t-il jusqu'à envisager des options plus contraignantes ?

Au nom de l'efficacité, la police municipale retiendra forcément l'attention du législateur. Les actuels parlementaires, de plus en plus dépourvus d'ancrage local en raison des évolutions législatives sur l'interdiction du cumul des mandats et de la nouvelle sociologie de l'Assemblée nationale, auront peut-être moins de scrupules à agir que leurs prédécesseurs.

La métropole a été conçue pour organiser des pôles urbains autour de villes importantes. Son existence implique de répartir différemment les compétences entre les communes qui en sont membres, voire les collectivités territoriales d'un niveau supérieur, comme le département. Depuis 2012, la thématique des polices territoriales a émergé, au point de faire l'objet d'une proposition de loi.

Sans encore s'imposer, l'idée n'a probablement pas disparu. La volonté d'une rationalisation opérationnelle demeure d'actualité. À ce titre, une police métropolitaine ne travaillerait-elle pas plus efficacement avec les forces étatiques qui auraient en face d'elles une structure plus cohérente et garante d'une gestion plus égalitaire de la sécurité dans les territoires ?

Les polices métropolitaines en viendraient même à compenser le retrait plus ou moins marqué des forces étatiques et leur possible concentration sur la police judiciaire.

Mieux formées, mieux équipées, voire dotées de nouvelles prérogatives, les polices territoriales concilieraient, apparemment, la proximité avec la population, la disponibilité totale au bénéfice des élus locaux et la crédibilité.

Des interrogations apparaissent néanmoins. Les maires resteraient-ils les autorités d'emploi ? Jusqu'où pourraient aller les compétences de ces polices ? Auraient-elles vocation à se déployer, même temporairement, dans les zones rurales ou péri-urbaines intégrées à l'aire métropolitaine, ce qui constituerait une nouvelle forme de maillage

## Droit des collectivités territoriales

territorial ?

Le regard ne se tourne pas uniquement vers les intercommunalités en général et les métropoles en particulier, il embrasse aussi les régions. Régulièrement, des élus suggèrent qu'elles soient, elles aussi, dotées de compétences en matière de police. Il a ainsi été proposé de créer des polices spécialisées dans les transports publics.

Cette initiative se comprend d'autant mieux que la compétence régionale en matière de transport n'a cessé de s'accroître, au détriment des départements. La région ne gère plus seulement le transport ferroviaire, elle a récupéré le transport interurbain (y compris scolaire). En revendiquant cette matière, les régions étaient officiellement animées par un souci de cohérence économique et, aussi, par la volonté de se rendre plus visibles auprès des administrés. Ce dernier argument ne justifiera-t-il pas leur volonté de prendre en charge la sécurité ?

Moins nombreuses et donc politiquement plus importantes, les régions comptent dans l'organisation territoriale. Leurs présidents élus ne manquent pas d'atouts pour promouvoir leur vision des choses, surtout lorsque l'État est déjà très à l'écoute de leurs volontés.

Dès lors, les régions disposeront-elles, à leur tour, de leur police en bénéficiant éventuellement d'une concentration de l'État sur la répression des formes d'insécurité les plus graves ?

En tout état de cause, deux textes constituent peut-être les prémices d'une évolution plus substantielle.

D'une part, la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique a modifié les seuils afin d'ouvrir la mutualisation aux ensembles de communes plus peuplées. Celui de 20 000 habitants est supprimé, tandis que l'ensemble des communes peut désormais compter jusqu'à 80 000 habitants.

D'autre part, la loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports publics de voyageurs a ouvert une possibilité spécifique de mutualisation. Elle s'inspire d'ailleurs de la création d'une police intercommunale des transports, créée à Orléans en 2004.

## Droit des collectivités territoriales

En définitive, parce que la France se réforme en profondeur, il serait surprenant que la sécurité demeure à l'écart des évolutions. Les mutations du droit de la décentralisation n'impacteront pas uniquement les polices municipales, toutes les forces publiques seront inévitablement concernées.

Directeur de publication : Colonel Stéphane DESCORSIERS

Rédacteur en chef : G<sup>al</sup> d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD

Rédacteurs : G<sup>al</sup> d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD  
Frédéric DEBOVE  
Ludovic GUINAMANT  
Claudia GHICA-LEMARCHAND  
Xavier LATOUR

Equipe éditoriale : Odile NETZER