

La veille juridique

N°64, janvier 2018

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



Edito

Le 10^e FIC vient de s'achever sur un succès : 8600 visiteurs venant de 81 pays, 37 délégations officielles, 6 ministres, 350 entreprises... Comme en témoignent les commentaires dans la presse, le FIC est aujourd'hui un événement européen majeur à vocation mondiale. Le CREOGN est bien évidemment associé à cette manifestation, dont son directeur est le fondateur, notamment par son implication dans le contenu. Ont ainsi été organisés, conduits, animés, l'Agor@ parlementaire pendant laquelle dix députés et sénateurs ont répondu à la question « le quinquennat sera-t-il cyber ? », l'Agor@ Philosophic consacrée à l'éthique des algorithmes prédictifs et l'atelier « Darknets et darknauts » qui détient le record de participants... Le CREOGN a contribué à l'étude CECyF/Cyberlex sur le Code de procédure pénale au regard du cyber, qui a fait l'objet d'une Masterclass. Le Centre a également tenu un stand d'information,

(Suite page 2)

EDITORIAL

partagé avec le MBAsp, qui a connu une forte affluence, constat très encourageant. Il est intervenu sur trois plateaux TV avec O1 Net et Acteurs Publics. En particulier, le colonel Descorsiers, directeur-adjoint, a participé à la présentation d'une étude pilotée par le CREOGN sur les données des collectivités territoriales qui avait été confiée au Centre de recherche des écoles de Coëtquidan (CREC). N'oublions pas non plus le numéro spécial de la Revue de la gendarmerie remis à chaque participant et accessible en version numérique sur le site du CREOGN (www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/cragn/Publications/Revue-de-la-gendarmerie-nationale/N-260)

Les feux de la rampe sont éteints. Il faut déjà penser à l'édition 2019... Restant sur le champ du cyber, le CREOGN est en charge du contenu du colloque du MBAsp management de la sécurité qui aura lieu le 1^{er} mars prochain à l'École militaire (14h-18h30 Amphi Foch) sur le thème « Peut-on éviter le cyberchaos ? ». Puis le centre organisera un atelier sur la coopération public/privé en matière de cybersécurité qui aura lieu le 22 mars 2018 après-midi à l'École militaire. Nous aurons le plaisir d'accueillir Thierry Delville, délégué ministériel aux industries de sécurité et aux cybermenaces. En mai 2018, nous nous intéresserons aux données à caractère personnel, sujet ô combien d'actualité ! avec l'entrée en vigueur, le 25 mai 2018, du règlement général qui les protège.

L'année 2018 promet d'être un millésime riche en actualité juridique, tant à l'échelon national qu'europpéen. La veille juridique, avec son équipe toujours en vigie, a l'ambition de vous apporter une information aussi précise qu'immédiate. Notre lectorat augmente, stimulé par les comptes Twitter (@CREOGN) et LinkedIn (www.linkedin.com/company/creogn). Notre ambition est de faire de la veille juridique un outil pertinent, original, quant à la diversité de ses contributeurs. Bonne lecture de ce numéro de janvier 2018 !

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





Sommaire

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

Déontologie et sécurité

Par M. Frédéric Debove

Maintien de l'ordre public : après l'accélérateur, la pédale douce ?

Dans un contexte particulièrement sensible (décès de Rémi Fraisse survenu en octobre 2014 à Sivens des suites de l'impact d'une grenade explosive dite offensive OF-F1 ; brûlures graves d'un fonctionnaire de police du fait d'un jet de projectile incendiaire lors de la manifestation du 1^{er} mai 2017 à Paris), marqué du sceau d'une sollicitation toujours plus croissante des forces de l'ordre (COP 21, Nuit debout, manifestations à l'encontre de la loi « Travail », mise en œuvre de l'état d'urgence) et d'une évolution notable des matériels de dotation (retrait de la grenade offensive et du Flash Ball superpro), le Défenseur des droits a été saisi, en février 2017, par le président de l'Assemblée nationale, aux fins de réaliser une étude sur « *les conséquences de la doctrine et de la pratique du maintien de l'ordre en France par les forces de l'ordre au regard des règles de déontologie qui s'imposent à elles* ». En décembre 2017, le Défenseur des droits a remis son rapport dont le périmètre est circonscrit à la « *gestion par les autorités publiques des mouvements collectifs, mobiles ou statiques, organisés à des fins de protestation ou d'expression publiques, sur le territoire métropolitain, au regard des règles de la déontologie et de la sécurité et du respect des droits et libertés* ». Fruit de multiples auditions (plus d'une quarantaine) et étayé par de nombreux exemples issus de pratiques étrangères (Allemagne, Belgique, Royaume-Uni), ce rapport (51 pages) met tout d'abord en exergue les tensions actuelles qui fragilisent la mise en œuvre pratique de la doctrine du maintien de l'ordre. Après l'analyse des vulnérabilités, le rapport du Défenseur des droits énumère une série de recommandations destinées à recentrer le maintien de l'ordre sur certaines missions fondamentales tout en pacifiant - autant qu'il est possible - les dispositifs sur lesquels il repose.

Déontologie et sécurité

Le maintien de l'ordre : du jardin « à la française » à l'éclatement façon « Puzzle » ?

Destinée à permettre l'expression démocratique de la contestation dans les limites fluctuantes d'un certain « désordre », la doctrine française du maintien de l'ordre est traditionnellement rationalisée : elle repose classiquement sur des unités professionnalisées (escadrons de gendarmerie mobile et compagnies républicaines de sécurité) dont les méthodes d'action sont gouvernées par quelques principes fondamentaux : la mise à distance des manifestants par l'emploi de dispositifs d'éloignement (singulièrement des grenades lacrymogènes) ; une intervention à la fois collective et sur ordre de l'autorité civile (le Préfet ou un membre du corps préfectoral) dont le rôle majeur a d'ailleurs été rappelé dans une note du ministre de l'Intérieur en date du 2 mai 2017 ; un usage de la force fondé sur l'asymétrie évidente entre manifestants et forces de l'ordre et gouverné par l'absolue nécessité, la gradation et la réversibilité.

Depuis quelques années, toutes ces règles codifiées et organisées du maintien de l'ordre se trouvent fragilisées en considération du jeu combiné de plusieurs facteurs, aggravés par la pression médiatique et l'abaissement du seuil de tolérance à la violence « même légitime ». Certaines évolutions se rapportent aux modes de contestation et aux formes de violence dont elles s'entourent : ainsi, la recomposition des acteurs des manifestations (aux cortèges régulés par les organisations syndicales et leurs services d'ordre succèdent peu à peu des manifestations relevant de groupes hétérogènes, peu organisés et sans véritable coordination) ou bien encore le phénomène opportuniste d'instrumentalisation des manifestations par une nébuleuse de groupes violents, formés et spécialement entraînés (comme les Black Blocs) dont la stratégie parfaitement rodée consiste à harceler sans relâche les forces de l'ordre. D'autres évolutions sont à relever du côté des forces de l'ordre elles-mêmes. Dorénavant, il arrive fréquemment que les unités dédiées au maintien de l'ordre soient affectées à d'autres missions en lien, notamment, avec la lutte contre le terrorisme ou la pression migratoire. Moins disponibles pour leur mission traditionnelle (alors même que ces unités sont - de loin - les mieux formées et entraînées pour accomplir

Déontologie et sécurité

cette mission qui ne tolère aucune approximation ni improvisation), les compagnies républicaines de sécurité (CRS) et les escadrons de gendarmerie mobile (EGM) enregistrent dans le même temps une forte déflation de leurs effectifs (-15 % entre 2008 et 2015), ce qui conduit de plus en plus souvent à mobiliser des unités non spécialisées dans les opérations de maintien de l'ordre (pelotons de surveillance et d'intervention de la gendarmerie - PSIG -, brigades anti-criminalité - BAC -, compagnies de sécurisation et d'intervention). S'il s'avère précieux pour surmonter des difficultés opérationnelles, ce recours occasionnel à des unités généralistes n'est pas sans danger : en pratique, il se traduit en effet par un certain effritement des principes de l'action collective et de la mise à distance et, corrélativement, par des tensions accrues avec les manifestants lorsque des initiatives individuelles intempestives viennent perturber le schéma tactique d'ensemble. Enfin, par-delà le recours aux brigades anti-criminalité et aux compagnies de sécurisation et d'intervention, la montée en puissance de la « judiciarisation de l'ordre public » et sa logique d'interpellation ont engendré des missions et des spécialisations nouvelles au sein même des CRS et des EGM. Homogène et intangible, la doctrine du maintien de l'ordre est ainsi devenue au gré des événements hétérogène et conjoncturelle étant observé que ce constat est aggravé par une forte distorsion géographique entre la situation parisienne (où la Direction de l'ordre public et de la circulation - le cas échéant avec le renfort de la Direction de la sécurité de proximité de l'agglomération parisienne - est spécialement chargée d'encadrer l'ensemble des événements se déroulant sur la voie publique) et le reste des zones rurales ou urbaines du territoire métropolitain.

Lever le voile pour rétablir la confiance

Dans un contexte de tensions, d'incidents récurrents et de suspicion permanente, il appartient naturellement aux autorités publiques de faire preuve de la plus grande transparence dans la mise en oeuvre des opérations de maintien de l'ordre et, le cas échéant, dans la sanction des abus constatés. D'où l'importance des contrôles interne et externe

Déontologie et sécurité

des forces de l'ordre. En ce domaine, si certains dispositifs récents (le numéro « RIO », la plateforme de signalement de l'Inspection générale de la police nationale ou le recours plus systématique à l'enregistrement vidéo) constituent des avancées notables (singulièrement en ce qui concerne l'identification des agents considérés et l'établissement de la réalité des faits), le rapport du Défenseur des droits considère qu'elles demeurent encore trop timides. Selon l'appréciation même de cette autorité administrative indépendante de rang constitutionnel, « *l'impératif de transparence réclame en effet une meilleure information et une plus grande lisibilité sur les sanctions ou les réponses apportées par les organes de contrôle afin de permettre un réel suivi, d'éviter les suspicions, et contribuer ainsi, au renforcement de la confiance dans le rapport des citoyens à l'égard des forces de l'ordre* ».

Haro sur le lanceur de balles de défense (LBD)

À la suite du rappel sur l'importance des contrôles tant externes qu'internes sur l'action des forces de l'ordre, le rapport du Défenseur des droits consacre de nombreux développements aux armes de force intermédiaire (anciennement qualifiées « armes non létales » ou « à létalité réduite » puis « moyens de force intermédiaire ») pour lesquelles il est préconisé une étude globale à brève échéance. Toutefois, sans attendre les résultats de cette réflexion à venir, le Défenseur des droits porte un jugement sans complaisance sur les lanceurs de balle de défense, au sujet desquels de nombreuses saisines faisant état de blessures graves avaient déjà donné lieu à des recommandations générales (V. notamment celle en date du 16 juillet 2015 se rapportant à l'usage du lanceur Flash Ball superpro). Au regard, tant de ses caractéristiques que de ses conditions d'utilisation, le lanceur de balles de défense (de type 40x46) est jugé problématique dans le contexte d'opérations de maintien de l'ordre en ce qu'il est de nature à blesser grièvement un manifestant, à engager la responsabilité du tireur et à entraîner des réactions imprévisibles de la part des manifestants témoins d'une blessure grave occasionnée par l'usage d'une telle arme (mis en dotation pour cibler individuellement des personnes, alors que

Déontologie et sécurité

le caractère indiscriminé de l'usage des armes est en principe la règle dans le maintien de l'ordre). Aux termes de l'appréciation du Défenseur des droits, dans le cadre d'un rassemblement sur la voie publique, « *le lanceur de balles de défense ne permet en effet ni d'apprécier la distance de tir, ni de prévenir les dommages collatéraux, au sens du cadre d'emploi. Au cours d'une manifestation où, par définition, les personnes visées sont généralement groupées et mobiles, le point visé ne sera pas nécessairement le point touché et la personne visée pourra ne pas être celle atteinte. En outre, même si le tireur respecte les prohibitions et injonctions de la doctrine d'emploi technique, l'utilisation d'une telle arme à l'occasion d'une manifestation est susceptible de provoquer de graves blessures (comme des énucléations), possibilité qui confère à cette arme un degré de dangerosité disproportionné au regard des objectifs du maintien de l'ordre* ». En considération de ce qui précède, et conformément aux pratiques déjà en vigueur dans plusieurs pays étrangers (Royaume-Uni, Allemagne et Belgique), le Défenseur des droits recommande l'interdiction de l'usage des lanceurs de balle de défense dans le cadre d'opérations de maintien de l'ordre, quelle que soit l'unité (spécialisée ou non) considérée.

Nullum judicium sine lege

De la même manière qu'il n'y a pas de crime ni de peine sans texte (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*), la procédure pénale et la contrainte qui la jalonne sont soumises à la légalité criminelle (*Nullum iudicium sine lege*). Or, certaines pratiques policières en vigueur dans le contexte du maintien de l'ordre apparaissent bien douteuses au regard de ce principe à valeur constitutionnelle. Ainsi en est-il des contrôles d'identité délocalisés (pratiques consistant à interpellé une personne pendant une manifestation, puis à l'éloigner aux fins déclarées de procéder à une vérification d'identité, alors même que les conditions juridiques de cette dernière ne sont pas réunies). Alors même qu'elles interviennent habituellement sur décision de l'autorité civile, après validation par le Parquet territorialement compétent, ces pratiques n'en demeurent pas moins dépourvues de base légale et assez peu

Déontologie et sécurité

compatibles avec les dispositions du Code de procédure pénale se rapportant aux opérations de contrôles et de vérifications d'identité (art. 78-1 et s. C. pr. pén.). Un constat de même nature peut être dressé s'agissant des pratiques de fouilles et de filtrages. Régulièrement mises en place sur le parcours de certaines manifestations et le plus souvent combinées avec des opérations de contrôles d'identité, ces pratiques visent concrètement à maintenir à l'écart les éventuels auteurs de troubles. Quand bien même leur finalité apparaît-elle respectable, ces opérations policières demeurent critiquables dans leurs modalités, singulièrement quand elles sont systématiques et s'accompagnent de confiscations d'objets divers (lunettes de piscine, flacons de sérum physiologique) qui s'apparentent davantage à des protections qu'à des armes par destination. Pendant les deux années (novembre 2015 - novembre 2017) au cours desquelles l'état d'urgence était en vigueur en France, le risque d'arbitraire résultant de ces pratiques policières a d'ailleurs été accentué par la tentation du détournement de procédure à laquelle certaines autorités préfectorales ont pu maladroitement succomber. Dans son rapport du 6 décembre 2016 sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, l'Assemblée nationale relève ainsi que des préfets ont parfois pu ordonner de telles mesures préventives sans qu'un lien évident soit nécessairement établi entre ces mesures et la réalité de la menace terroriste (V. en ce sens les manifestations pendant la COP 21 ou le démantèlement du campement de la Lande de Calais).

De la même manière qu'il réprovoque l'utilisation abusive des contrôles d'identité, des fouilles et des filtrages lors d'opérations de maintien de l'ordre, le rapport du Défenseur des droits stigmatise une nouvelle fois la technique dite de l'encagement ou de l'encercllement (une tactique connue au Royaume-Uni sous le nom de *kettling*). En ce qu'elle consiste à priver plusieurs personnes de se mouvoir au sein d'une manifestation ou à proximité immédiate de celle-ci, au moyen d'un encercllement par les forces de l'ordre, cette technique policière apparaît problématique au regard du respect des libertés publiques et singulièrement de la liberté d'aller et venir (V. en ce sens, CEDH, 15 mars 2012, *Austin et autres c/ Royaume-Uni*). Potentiellement indiscriminée et disproportionnée, cette technique de maîtrise des foules peut, en l'absence de véritable doctrine d'emploi, porter préjudice à la liberté

Déontologie et sécurité

d'expression et de rassemblement pacifique. Aussi, sans en condamner le principe même, le Défenseur des droits recommande l'adoption d'un cadre d'emploi « *définissant strictement les conditions et les modalités du recours à la technique d'encagement et prévoyant notamment la nécessité d'une échappatoire, une durée non excessive, ainsi qu'un dialogue avec les personnes concernées* ».

Vers un retour aux sources du maintien de l'ordre ?

Autant il est parfaitement légitime de ne pas laisser impunis les débordements survenus à l'occasion de manifestations, autant la judiciarisation de l'ordre public et la logique d'interpellations qui l'accompagne ne sont pas sans danger pour l'exercice de la liberté fondamentale de manifester. Pour le Défenseur des droits, la mission de police administrative de prévention et d'accompagnement des manifestations doit rester prépondérante dans les opérations de maintien de l'ordre. Partant, les actions de police judiciaire doivent être anticipées - par un recours plus important aux services de renseignement ou différées par rapport au déroulement des manifestations. Respecter ces principes de distanciation et de temporisation, c'est faciliter les conditions de l'expression démocratique de la contestation en évitant les tensions ainsi que les éventuels mouvements de solidarisation avec les personnes interpellées. Enfin, quand bien même l'usage de la contrainte par les policiers et les gendarmes serait-il légitime, la force ne saurait être l'unique mode de gestion des opérations de maintien de l'ordre. Aussi le Défenseur des droits recommande-t-il de privilégier autant que faire se peut la culture d'un « *maintien de l'ordre négocié* » dans la perspective d'une gestion démocratique et apaisée des foules. Concertation et dialogue plutôt que force et confrontation. Agents de liaison de préférence aux « *Robocop* ». SMS adressés aux manifestants à la place des antiques fusées rouges et sommations au port-voix. Bref, plus de cailloux contre des casques lourds ... plus de pavés, juste la plage ... Soyons réalistes, demandons l'impossible !

Déontologie et sécurité

Synthèse des recommandations du Défenseur des droits :

Recommandation n°1 :

Les disparités et les insuffisances constatées dans la formation de certaines unités intervenant dans les opérations de maintien de l'ordre nécessitent de renforcer la formation initiale et continue pour l'ensemble des unités chargées du maintien de l'ordre et d'en garantir l'effectivité.

Recommandation n°2 :

Au regard des réclamations liées à l'usage du LBD 40x46 dans le cadre du maintien de l'ordre, de sa dangerosité et des risques disproportionnés qu'il fait courir dans le contexte des manifestations, le Défenseur des droits recommande d'interdire l'usage des lanceurs de balle de défense dans le cadre d'opérations de maintien de l'ordre, quelle que soit l'unité susceptible d'intervenir.

Recommandation n°3 :

Le recours aux armes de force intermédiaire dans les opérations de maintien de l'ordre soulève des problématiques récurrentes liées à la gravité des blessures qu'elles occasionnent et au manque de transparence dans leurs conditions d'utilisation. Le Défenseur des droits recommande qu'une étude sur l'usage des armes de force intermédiaire, autres que les lanceurs de balles de défense, dans la gestion de l'ordre public, soit réalisée sous son égide.

Recommandation n°4 :

Le Défenseur des droits recommande que la mise en oeuvre des contrôles d'identité dans le cadre des manifestations soit réalisée dans le respect des libertés individuelles et dans des conditions conformes aux règles déontologiques. Les contrôles doivent être strictement encadrés et justifiés par des motifs précis et explicités aux personnes contrôlées. En outre, un dispositif permettant la traçabilité des contrôles d'identité doit être élaboré.

Le Défenseur des droits recommande, par ailleurs, qu'il soit mis fin à la pratique des contrôles d'identité délocalisés qui ne reposent sur aucune base légale.

Déontologie et sécurité

Recommandation n°5 :

Le cadre juridique du recours aux fouilles et filtrages à l'occasion des opérations de maintien de l'ordre doit être clarifié en distinguant les mesures prises à des fins judiciaires de celles prises à des fins administratives.

Recommandation n°6 :

Le Défenseur des droits recommande que la technique de l'encagement, mesure privative de liberté ne reposant sur aucune base légale, soit strictement définie par un cadre légal dans la mesure où le recours à cette technique apparaîtrait indispensable face à certains types de manifestants.

Recommandation n°7 :

Le Défenseur des droits préconise de recentrer le maintien de l'ordre sur la mission de police administrative de prévention et d'encadrement de l'exercice du droit de manifester, dans une approche d'apaisement et de protection des libertés individuelles.

Dans la perspective de ces nouvelles orientations, le Défenseur des droits poursuivra avec l'Institut national des hautes études de la sécurité et la justice (INHESJ) une recherche sur la stratégie de « désescalade » mise en œuvre dans certains pays européens et susceptible de contribuer à une amélioration des relations police-population.

Recommandation n°8 :

Le Défenseur des droits préconise de revoir les modalités d'information sur l'engagement de la force dans les opérations de maintien de l'ordre et, en particulier, de moderniser le régime des sommations.

Plus généralement, il recommande de renforcer la communication et le dialogue dans la gestion de l'ordre public, avant et pendant le déroulement des manifestations, afin notamment de rendre plus compréhensible l'action des forces de sécurité et de favoriser la concertation.



Droit de l'espace numérique

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

Question prioritaire de constitutionnalité

Cour de cassation - Chambre criminelle - Arrêt n°3478 du 10 janvier 2018 (17-90.019)

La Cour de cassation vient de saisir le Conseil constitutionnel par question prioritaire de constitutionnalité en date du 12 janvier 2018. En cause, l'article 434-15-2 du Code pénal qui a été créé par la loi du 15 novembre 2001, dite Loi pour la sécurité quotidienne (LSQ).

Cet article, rappelons-le, a été introduit par amendement du député Bruno Le Roux, en seconde lecture, dans le contexte des attentats du 11 septembre 2001. Il a été adopté sans débat¹. Le texte n'ayant pas été porté devant le Conseil constitutionnel par voie d'action, il fait l'objet d'une saisine par voie d'exception, plus de seize ans après la promulgation de la loi.

Il incrimine toute personne qui a connaissance d'une convention secrète de déchiffrement permettant de « mettre au clair » un texte, fichier, document, etc. et qui refuse de coopérer avec l'autorité judiciaire alors qu'elle le pourrait. Cette personne n'est pas nécessairement l'auteur, le coauteur ou le complice. L'infraction est aggravée lorsque la commission d'une infraction aurait pu être évitée par son action.

Cet article ne doit pas être confondu avec l'article 132-79 du Code pénal, créé par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qui considère l'usage d'un moyen de cryptologie par un auteur, coauteur ou complice comme une circonstance aggravante, dès lors que ce moyen a été utilisé pour préparer ou commettre un crime ou un délit ou pour en faciliter la préparation ou la commission. Toutefois, cette aggravation n'est pas opérante si l'auteur ou le complice remet à l'autorité judiciaire un texte en clair assorti des conventions de chiffrement. Une sorte de « repentir cryptologique ».

1. Voir compte-rendu analytique des débats, JOAN, 1^{er} novembre 2001, p.6999

Droit de l'espace numérique

Art. 434-15-2 du Code pénal (créé par la loi LSQ art .31)

« Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 270 000 euros d'amende le fait, pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires ou de la mettre en œuvre, sur les réquisitions de ces autorités délivrées en application de titres II et III du livre Ier du Code de procédure pénale.

Si le refus est opposé alors que la remise ou la mise en œuvre de la convention aurait permis d'éviter la commission d'un crime ou d'un délit ou d'en limiter les effets, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 450 000 euros d'amende ».

Art. 132-79 du Code pénal (créé par art.37 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique)

« Lorsqu'un moyen de cryptologie au sens de l'article 29 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a été utilisé pour préparer ou commettre un crime ou un délit, ou pour en faciliter la préparation ou la commission, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit :

1° il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ;

[...]

7° il est porté au double lorsque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement au plus.

Les dispositions du présent article ne sont toutefois pas applicables à l'auteur ou au complice de l'infraction qui, à la demande des autorités judiciaires ou administratives, leur a remis la version en clair des messages chiffrés ainsi que les conventions secrètes nécessaires au déchiffrement ».

Droit de l'espace numérique

La Cour de cassation, saisie par le tribunal correctionnel de Créteil², pose au Conseil constitutionnel, la question suivante :

« Les dispositions de l'article 434-15-2 du code pénal, en ce qu'elles ne permettent pas au mis en cause, auquel il est demandé la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de faire usage de son droit au silence et du droit de ne pas s'auto-incriminer, sont-elles contraires au principe du droit au procès équitable prévu par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789, au principe de la présomption d'innocence, duquel découle droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de se taire, prévu à l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ? »

Le problème soulevé concerne une personne qui a participé directement ou indirectement à l'infraction. L'inconstitutionnalité, si elle était relevée, ne devrait pas affecter l'application de l'article en cause à l'égard de tiers, sauf si ces derniers sont considérés comme complices par fourniture de moyens de cryptologie.

Le Conseil constitutionnel devrait statuer à la fin du trimestre.

Géolocalisation des véhicules professionnels

Deux arrêts récents, l'un du Conseil d'État, l'autre de la Cour de cassation, confirment la position des juridictions relatives à la géolocalisation en temps réel des véhicules utilisés par les salariés.

Conseil d'État, 10ème - 9ème ch. réunies, arrêt du 15 décembre 2017 ODEOLIS/CNIL

². Y 17-90.019 - Tribunal de grande instance de Créteil, 10^e chambre correctionnelle, 02 octobre 2017.

Droit de l'espace numérique

L'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, même moins efficace, que la géolocalisation.

La société Odeolis a demandé au Conseil d'État d'annuler la décision n°2016-055 du 27 juillet 2016 de la présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) la mettant en demeure d'adopter diverses mesures relatives à un traitement de données à caractère personnel.

Cette société, spécialisée dans la maintenance des systèmes informatiques, intervient dans toute la France sur des terminaux de paiement. Pour planifier ses interventions, elle a équipé tous ses véhicules de dispositifs de géolocalisation en temps réel. Au-delà de leur intérêt opérationnel, ces dispositifs permettent aussi de contrôler le temps de travail des salariés. À la suite d'un contrôle effectué par la CNIL en janvier 2016, la société a été mise en demeure par la décision contestée.

Le Conseil d'État rappelle que la mise en demeure adressée par la CNIL à une personne de faire cesser les manquements qu'elle a constatés n'a pas le caractère d'une sanction prévue par l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 et n'est donc pas soumise aux règles de procédure de l'article 46.

La CNIL a, par une délibération du 4 juin 2015, adopté une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51) qui a pour objet de déterminer les conditions auxquelles de tels traitements doivent répondre pour relever de la procédure de la déclaration simplifiée. Mais, dans le cas d'espèce, la mise en demeure n'est pas fondée sur cette norme et a pour objet de faire cesser l'usage des données issues du système de géolocalisation afin de contrôler le temps de travail des salariés.

L'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 dispose qu'un traitement ne peut porter sur des données à caractère personnel que si les conditions suivantes sont satisfaites : les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ; elles sont adéquates, pertinentes et non

Droit de l'espace numérique

excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs. Or, selon les dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Le Conseil d'État, tout en admettant que la société puisse utiliser les données de géolocalisation pour procéder à la facturation des prestations aux clients, considère que la collecte et le traitement des données sont excessifs, dès lors qu'il s'agit de contrôler le temps de travail des employés, lequel peut être vérifié par d'autres moyens, même s'ils sont moins efficaces.

Le recours de la société Odeolis est donc rejeté.

On se reportera au commentaire de Ludovic Guinamant dans la rubrique « Police administrative », p.38-40.

Cour de cassation, Chambre sociale, pourvoi n°16-12569, 20 décembre 2017, M.X./EDSI

L'irrégularité de la procédure de mise en œuvre d'un dispositif de géolocalisation en temps réel ne peut motiver la transformation en rupture abusif de contrat de la démission d'un salarié.

L'employé d'une entreprise se pourvoit en cassation contre un arrêt du 16 décembre 2015 de la Cour d'appel de Rennes qui confirme un jugement prud'homal qui lui est défavorable.

L'entreprise a mis en place un système de géolocalisation des véhicules après avoir organisé une réunion d'information en février 2011, suivie d'une déclaration à la CNIL le 4 avril 2011. Mais, après avoir installé le dispositif, elle a adressé une lettre individuelle aux salariés, le 1^{er} juillet 2011, dans laquelle elle a rappelé les finalités de la géolocalisation. Cette information postérieure constitue une irrégularité. En effet, les salariés doivent être informés individuellement, préalablement à la mise en œuvre du système de géolocalisation, de la finalité

Droit de l'espace numérique

ou des finalités poursuivies, des catégories de données de localisation traitées, de la durée de conservation des données de géolocalisation, des destinataires des données, de l'existence d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition et de leurs modalités d'exercice. Le demandeur estime que l'utilisation par l'employeur d'un système de géolocalisation illicite constitue un manquement justifiant la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié. Cette rupture doit alors produire les effets d'un licenciement abusif. Pour autant, la Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant que le manquement de l'employeur ne rendait pas impossible la poursuite du contrat de travail auquel a mis fin l'intéressé le 26 novembre 2011.

Usurpation d'identité numérique

Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2018

La fermeture par ordonnance de référé, en vertu de l'article 809 du Code de procédure civile, d'un site usurpant l'identité numérique d'une personne est justifiée par la trouble manifestement illicite ainsi créé.

Au début de l'année 2016, M. X. met en ligne un site Internet accessible à une adresse « www.yyy.fr », comportant les nom et prénom de Mme Y., la plaignante, et présenté en page d'accueil comme un « site vengeur et rancunier », promettant « toute la vérité sur M. et Mme Y. ». Le site est illustré de photographies de Mme Y. et accompagné de commentaires la désignant comme complice et bénéficiaire de « malversations » dont l'auteur accuse son père, et qui désignent celui-ci comme un « escroc » ayant fait l'objet de procédures judiciaires. Divulguant des informations personnelles sur la demanderesse et son père (domicile, adresse e-mail...), le site invite l'internaute à dénoncer de « nouvelles entourloupes » ou à se manifester « s'il est une victime ».

La plaignante saisit le juge des référés. Celui-ci, selon les dispositions de l'article 809 du Code de procédure civile, peut toujours, même en

Droit de l'espace numérique

présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Par ordonnance du 12 août 2016, il ordonne à M.X. de supprimer de manière complète et définitive le site Internet litigieux. En effet, *« il n'est pas sérieusement contestable que la mise en ligne du site créé par Monsieur X., le 27 août 2014 (date d'enregistrement du nom de domaine), est constitutive du délit défini à l'article 226-4-1 du code pénal, en ce que ce site – créé sous les noms et prénom de Madame Y. et exploitant différents clichés qui la représentent pour illustrer, en les détournant de leur contexte de fixation, une mise en scène infamante de sa personnalité et de celle de son père – a pour objet, à l'évidence, de nuire à la requérante en salissant sa réputation sur internet et en exploitant la calomnie ainsi jetée publiquement sur elle pour satisfaire la vindicte de Monsieur X. contre son père. La mise en ligne de ce site est donc constitutive d'une atteinte manifestement illicite aux droits de la personnalité de la demanderesse »*.

Tout en constatant que le site litigieux a été supprimé, la Cour d'appel confirme le jugement du juge des référés en se plaçant à la date à laquelle celui-ci a statué. Le premier juge a justement ordonné la suppression du site *« eu égard au caractère extrêmement attentatoire et calomnieux du site qui appelle à la vindicte et à la délation contre Mme Y. et son père en divulguant les adresses de leurs domiciles successifs, leurs coordonnées et diverses informations personnelles et au fait que ce site a été référencé par le moteur de recherche Google dans les résultats générés sous les nom et prénom de Mme Y. »*.

Actualité pénale

Par Mme Claudia Ghica-Lemarchand

LÉGITIME DÉFENSE

Crim. 9 janvier 2018, n° 16-86552, publ. Bull. à venir

Une escorte, composée d'un gendarme féminin et d'un gendarme adjoint volontaire, est chargée de conduire un détenu de la maison d'arrêt au tribunal de grande instance dans le cadre d'une procédure pour vol à main armée. Le détenu est très calme lors de sa prise en charge et les gendarmes ne sont pas informés de risques comportementaux particuliers. Compte tenu des délais de route et de l'absence d'opposition, le détenu est menotté les mains devant et installé à l'arrière du véhicule. Un premier élément perturbateur intervient lorsqu'un véhicule commence à suivre le véhicule de la gendarmerie. Le détenu entrouvre sa vitre et fait un signe au conducteur de ce véhicule, procurant aux gendarmes le sentiment de l'existence d'un éventuel projet d'évasion. Aussitôt après, le détenu réussit à se dégager de sa ceinture de sécurité et parvient à se saisir de l'arme de la gendarme en lui assénant plusieurs coups violents. Son collègue arrête le véhicule et essaie de l'aider à se dégager en donnant des coups de bâton au détenu. Néanmoins, il ne réussit pas à lui faire lâcher ni sa collègue, ni son arme. Après une sommation, il tire un coup de feu unique qui entraîne le décès du détenu. Poursuivi du chef de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, le gendarme adjoint volontaire invoque le bénéfice de la légitime défense qui lui est accordé par les juges du fond. Son père, constitué partie civile, forme un pourvoi en cassation, rejeté par la Chambre criminelle. Il semble intéressant de revenir sur l'analyse juridique de la légitime défense dans cette affaire.

L'article 121-5 du Code pénal prévoit la cause d'irresponsabilité pénale de la légitime défense visant autant les personnes que les biens. L'alinéa 1^{er}, applicable en l'espèce, prévoit que *« n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf*

Actualité pénale

s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte ». Pour bénéficier de l'exonération de responsabilité pénale, il convient de vérifier aussi bien les conditions relatives à l'atteinte que les conditions relatives à l'acte de défense.

L'atteinte doit présenter un caractère injustifié, il s'agit d'une atteinte à l'intégrité d'une personne, qui n'est pas nécessairement soi-même, puisqu'on peut agir pour défendre autrui. En revanche, l'atteinte peut être putative et n'exister que dans l'esprit de l'auteur de la légitime défense, si elle est vraisemblable, car la personne peut se croire légitimement menacée, alors que seule l'analyse *a posteriori* des éléments de fait permet d'en déduire son absence (Crim. 5 juillet 1984, Bull. n° 209). Il convient de se placer au moment de l'action pour apprécier la nécessité de l'acte de défense.

L'acte de défense doit consister en une infraction volontaire. Dans un arrêt de principe du 16 février 1967 (Bull. n° 70), la Chambre criminelle a posé le principe d'incompatibilité des infractions involontaires avec la légitime défense. La défense doit être nécessaire, actuelle et proportionnée. D'une part, l'acte nécessaire est celui qui est imposé par les circonstances. D'autre part, la riposte doit être concomitante et s'inscrire dans la continuité de l'action. Ainsi, elle ne peut ni prévenir la commission de l'atteinte injustifiée, ni exprimer une réaction punitive à son égard. Enfin, la défense doit être proportionnée à l'agression, obligeant les juges du fond à mettre en balance l'intérêt atteint et l'intérêt protégé.

Néanmoins, il est possible de remarquer les différences affectant le régime juridique de la légitime défense des personnes et de la légitime défense des biens, soumise à des conditions bien plus restrictives par l'alinéa 2. D'une part, la légitime défense des personnes doit être « nécessaire », alors que la légitime défense des biens doit être « strictement nécessaire ». Cela signifie que l'auteur de la légitime défense des personnes accomplit un acte imposé par les circonstances, mais il garde une faculté de choix parmi plusieurs moyens et choisit celui qui lui semble le plus adapté pour arrêter l'atteinte injustifiée. L'auteur de la légitime défense des biens n'a pas de choix. D'autre part, si la légitime défense des personnes doit être concomitante aux faits, la légitime défense des personnes doit avoir comme but d'interrompre la commission d'un crime ou d'un délit contre les biens, la temporalité

Actualité pénale

étant encore plus restreinte. Enfin, si la légitime défense des personnes est admise sauf « s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte », la légitime défense des biens est reconnue « dès que les moyens de défense utilisés sont proportionnés », entraînant des conséquences importantes sur la charge de la preuve. La proportionnalité est présumée dans le cadre de la légitime défense des personnes, car la charge de la preuve pèse sur le ministère public qui doit établir la disproportion. La situation de la personne invoquant la légitime défense des biens est bien moins favorable, puisqu'il lui appartient de prouver la proportionnalité des moyens employés.

L'admission de la légitime défense constitue une cause objective d'irresponsabilité pénale. Elle exonère l'auteur de l'infraction de toute responsabilité pénale et, accessoirement, de toute responsabilité civile aussi. Si la Cour de cassation contrôle le mécanisme de la légitime défense, les juges du fond apprécient souverainement ses conditions, d'où l'importance accrue de leurs constatations.

En l'espèce, les conditions de la légitime défense, autant du point de vue de l'atteinte injustifiée que de l'acte de défense, semblent remplies. Le gendarme, auteur du coup de feu mortel, a agi pour défendre sa collègue, dont la vie était directement menacée par le détenu et indirectement sa propre vie, par voie de conséquence, dans un contexte faisant craindre une évasion. L'enchaînement des faits est ici particulièrement intéressant. Le véhicule de gendarmerie a été dépassé par une voiture. Le détenu a entrouvert la vitre et a fait un signe au véhicule. Le véhicule a de nouveau dépassé le véhicule de gendarmerie, ce qui a donné le sentiment aux gendarmes qu'il se préparait une évasion. Les enquêteurs ont multiplié les investigations afin d'identifier le véhicule les ayant dépassés, sans succès. Deux ans après les faits, un témoignage conforte les déclarations des policiers. Un conducteur déclare avoir été dépassé par un véhicule de gendarmerie dans lequel il y avait un détenu accompagné d'une escorte de gendarmerie. Le détenu lui a fait un signe, mais comme il ne l'a pas reconnu, il a de nouveau dépassé le véhicule afin de mieux voir et a pu décrire la disposition des personnes à l'intérieur du véhicule de gendarmerie, conformément aux déclarations de ses occupants.

Actualité pénale

Le détenu a été installé à l'arrière du véhicule et ses mains ont été menottées devant. Cet élément est corroboré par le capitaine de pompiers intervenu sur place et explique qu'il ait pu se dégager de sa ceinture de sécurité et s'emparer de l'arme de dotation de la gendarme qui était assise à ses côtés en lui portant des coups violents. Cette dernière présentait de nombreuses lésions et traces de coups sur le visage, le thorax, le dos, les membres supérieurs. La violence des coups est attestée par le médecin légiste, la reconstitution et même par un bouton ensanglanté qui a été arraché à l'uniforme de la gendarme et trouvé sur l'autoroute. L'arme présente de nombreuses empreintes génétiques du détenu autant sur l'étui que sur le pistolet, notamment sur la queue de détente. Devant cette situation, le gendarme au volant du véhicule prend la décision de s'arrêter sur la bande d'arrêt d'urgence de l'autoroute. Il descend du véhicule et pointe son arme sur le détenu en faisant une sommation, restée sans effet. Il décide d'extraire le détenu du véhicule pour dégager sa collègue. Il tire sur ses pieds et lui donne des coups de bâton sur les pieds et les jambes. Les constatations médico-légales, ainsi que le témoignage d'un routier, attestent de la réalité des coups portés lors de cet affrontement. Devant cet échec, le gendarme range son bâton pour reprendre son arme. Il ne voit plus ni les mains du détenu, ni l'arme de sa collègue, car les deux sont presque étendus sur la chaussée. Il se met en position de tir, entendant sa collègue lui demander de l'aide (« Aide-moi ! Aide-moi ! Il va me tuer ! »). Il lui demande à deux reprises de la lâcher, sinon il tire. Il prend une distance de sécurité par rapport à la tête de sa collègue et il fait un tir de neutralisation entre le bas du thorax et le cou. La balle atteint le détenu dans la région céphalique.

Le juge d'instruction, approuvé par la chambre de l'instruction, rend une décision de non-lieu, considérant que le gendarme a agi en état de légitime défense. Il y a bien une atteinte injustifiée à la vie et à l'intégrité d'autrui, puisque la vie de sa collègue est menacée et qu'elle subit des violences volontaires en vue de se faire dérober son arme de dotation. Le risque imminent est ainsi attesté par l'attitude de l'agresseur « parvenant à extraire l'arme de son étui, la tenir en main par la crosse et à porter ses doigts à l'intérieur du pontet et sur la queue de détente, ainsi qu'il ressort des constatations médico-légales et techniques ; que les juges ajoutent que l'arme était approvisionnée, une cartouche

Actualité pénale

engagée, conformément à la doctrine d'emploi des armes de dotation pour les militaires de la gendarmerie ». Si les violences volontaires portées au gendarme sont d'une gravité relative du point de vue du résultat, la menace à sa vie semble incontestable. Les juges du fond précisent que « l'état de panique avéré dans lequel se trouvait la jeune femme était en conséquence justifié ». Cette remarque semble surabondante et peu pertinente. Utile dans l'hypothèse d'une défense putative pour démontrer une agression vraisemblable dans l'esprit de la victime, mais ne correspondant pas à un état de danger *a posteriori*, elle ne se justifie pas dans cette hypothèse, puisqu'il y a une menace réelle et avérée à la vie de la personne menacée.

La réaction de défense du gendarme pour préserver la vie de sa collègue remplit aussi les conditions de l'article 122-5 du Code pénal. En premier lieu, sa riposte est volontaire, puisqu'il tire après sommation, démontrant un choix après une évaluation parfaite de la situation. La qualification retenue par les juges en rend parfaitement compte, puisqu'il est poursuivi pour violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. En effet, il a effectué un tir de neutralisation – s'il a eu l'intention de blesser le détenu afin de le forcer à stopper son action criminelle et de le mettre hors d'état de nuire, il n'a pas l'intention de le tuer. Ensuite, les autres conditions de la défense légitime sont remplies et les constatations judiciaires vont même au-delà de ce qui est exigé par le texte.

D'une part, sa riposte est nécessaire, caractère parfaitement et longuement établi par les juges qui constatent que le gendarme « a fait feu, ne trouvant plus d'autre solution pour préserver la vie de sa collègue et la sienne ; que l'intervention du gendarme adjoint qui n'a utilisé son arme qu'en dernier recours, après avoir fait des sommations, tenté d'extraire le détenu du véhicule à mains nues, en le tirant par la jambe, puis en lui assénant des coups de bâton de défense sur les jambes, pour l'obliger à lâcher prise, l'usage d'une bombe lacrymogène risquant d'asperger sa collègue et lui-même en retour, était nécessaire ». Il est possible de remarquer que, même si les juges qualifient l'action de « nécessaire », elle est même strictement nécessaire, car ne laissant pas d'autre choix à la personne soumise à l'atteinte justifiée, condition qui n'est pas requise dans la légitime défense des personnes, mais seulement dans la

Actualité pénale

légitime défense des biens.

D'autre part, son action était concomitante à l'atteinte, car le but poursuivi était de « mettre fin à l'agression en cours et préserver l'intégrité physique et la vie de sa collègue pour laquelle, il a perçu un danger de mort imminent avant de tirer ». L'imminence du danger et la concomitance de l'action sont incontestables, mais les juges vont jusqu'à affirmer que la défense est nécessaire pour « mettre fin à l'agression ». Encore une fois, cette appréciation stricte de la concomitance est retenue pour la légitime défense des biens et pas pour la légitime défense des personnes, cadre dans lequel nous nous trouvons en l'espèce, donc les juges vont au-delà de ce qui était exigé par le texte.

Enfin, l'acte de légitime défense n'est pas disproportionné par rapport à l'atteinte subie. L'atteinte physique subie par sa collègue, la menace évidente et avérée de la vie de cette dernière, dans un premier temps, mais aussi de la sienne, une fois que le détenu se serait emparé de l'arme, atteignent le degré de gravité nécessaire pour déclencher l'utilisation de l'arme à feu comme riposte : « l'unique coup de feu tiré par le gendarme adjoint volontaire (...) apparaît dès lors avoir été commandé par la nécessité de protéger l'intégrité physique de la gendarme (...), après l'échec des autres moyens mis en oeuvre pour la sauver ; que, dès lors il n'y a pas de disproportion entre la gravité de l'atteinte commise et les moyens de défense employés pour l'interrompre ou y mettre fin ». Les circonstances de fait permettent de déduire l'absence de disproportion, conformément à l'article 122-5, alinéa 1. Néanmoins, le déroulement des événements aurait permis de prouver la proportionnalité de la riposte par rapport à l'agression, ce qui est indirectement constaté par les juges du fond qui relèvent « l'unique coup de feu » comme défense à un enchaînement pouvant avoir une issue fatale pour les gendarmes. Il aurait été possible de remplir même la condition plus exigeante de proportionnalité figurant à l'article 122-5, alinéa 2.

Compte tenu de ces considérations, il convient de se demander si les juges ne relèvent le degré d'exigence de la légitime défense des personnes pour l'aligner sur celle des biens. Il serait hasardeux de retenir cette explication. Elle serait contraire au principe de légalité pénale qui maintient une rigueur supérieure à l'alinéa 2 par rapport à l'alinéa 1^{er}. Elle pourrait aussi trahir la volonté d'interprétation des juges. Leur

Actualité pénale

position semble s'expliquer plus par le contexte sensible de cette affaire. Afin d'écartier toute critique de partialité ou de parti pris en faveur des forces de l'ordre, les juges déploient un raisonnement rigoureux dans la forme et minutieux dans le fond. Cette analyse convainc la Cour de cassation, malgré les arguments développés par le pourvoi.

Le pourvoi soulève un moyen unique reposant sur cinq critiques. D'une part, « la nécessité de l'acte de défense s'apprécie au regard du risque perçu par son auteur ». Or, les juges n'avaient pas démontré que le gendarme avait eu connaissance du fait que le détenu s'était emparé de l'arme de sa collègue et avait pu la tenir en main en portant son doigt sur la queue de détente. D'autre part, il n'y avait pas de traces papillaires du détenu sur l'arme et les traces génétiques auraient pu s'y déposer par simple frottement. De surcroît, l'article 122-5 exige que l'acte de défense soit « rendu vraisemblable par des éléments objectifs » et, qu'en l'espèce, le gendarme « s'était déterminé pour faire feu au regard de l'état de détresse de sa collègue, et non au regard d'éléments objectifs précis laissant craindre un danger imminent pour la vie de sa collègue, de sorte qu'elle ne pouvait retenir la légitime défense ». Plus encore, les juges ont constaté qu'au moment du tir mortel, l'arme n'était pas en possession du détenu dont les mains étaient entravées par des menottes, ce qui excluait un risque imminent pour l'intégrité des personnes. Enfin, le pourvoi conteste la proportionnalité de la riposte par un tir effectué à une distance d'un mètre visant une zone comprise entre le haut du thorax et le cou, alors qu'il « aurait pu, à ce moment, tenter de nouveau de maîtriser le détenu menotté ou faire usage de sa matraque télescopique ». Aucun argument du pourvoi ne pouvait prospérer, il est naturellement rejeté par la Cour de cassation.

La Chambre criminelle constate que le gendarme a accompli un acte nécessaire de défense parfaitement justifié et « qu'il n'existait aucune disproportion entre la gravité de l'atteinte commise par l'agresseur et les moyens de défense employés pour l'interrompre, l'empêcher ou y mettre fin ». Il peut être remarqué que la critique de l'absence de proportionnalité ne pouvait prospérer, car elle mettait en cause l'appréciation souveraine des juges du fond. Quant aux autres arguments, ils sont articulés autour de la nécessité, qu'il s'agisse de son existence ou de son apparence, et avaient peu de chance d'aboutir. Le gendarme a

Actualité pénale

tiré en dernier ressort après avoir tenté d'autres moyens, devant un danger imminent pour la vie de sa collègue, mais aussi pour sa propre vie, par voie de conséquence. Deux arguments soulevés par le pourvoi sont contradictoires de ce point de vue et s'invalident l'un l'autre. La première critique soutient que « la nécessité de l'acte de défense s'apprécie au regard du risque perçu par son auteur », alors que la troisième reproche au gendarme de s'être « déterminé pour faire feu au regard de l'état de détresse de sa collègue, et non au regard d'éléments objectifs précis laissant craindre un danger imminent pour la vie de sa collègue ». La jurisprudence apprécie la nécessité au regard de la vraisemblance des circonstances de fait entourant l'acte telles qu'elles ont été perçues par l'auteur. Quant à l'argument de l'absence objective de danger de la part d'un détenu ayant les mains entravées, il est possible de percevoir la référence implicite à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) le 17 avril 2014, *Guerdner c/ France*. Les juges européens avaient retenu une violation de l'article 2 garantissant le droit à la vie, du fait d'une utilisation excessive de la force potentiellement meurtrière, nonobstant le risque de fuite d'un gardé à vue qui avait réussi à s'enfuir d'un commissariat en sautant par une fenêtre, alors qu'il avait les mains entravées par des menottes. La solution est fondée par le fait que la décision du gendarme ne « procédait d'une conviction fondée sur des raisons légitimes de penser que le fuyard constituait une réelle menace au moment des faits », car « d'autres possibilités d'action s'offraient au gendarme pour tenter l'arrestation ». La CEDH effectue un contrôle à un double niveau. D'une part, elle vérifie concrètement le respect de la condition explicite d'absolue nécessité et de la condition implicite de proportionnalité posées par l'article 2. Si, dans l'affaire *Guerdner*, le gendarme engage l'arme sans aucune action alternative préalable, tel n'est pas le cas de l'arrêt de 2018, où les juges mettent l'accent sur la réalité du risque imminent émanant de la personne tuée et détaillent un ensemble d'actions préalables démontrant que le tir mortel est le dernier recours, lorsque les autres moyens ont échoué. D'autre part, la CEDH porte aussi son attention sur l'encadrement de l'usage des armes à feu et du droit de tirer par le droit interne. Intervient ici le principal enseignement à retenir de l'arrêt du 9 janvier 2018.

Actualité pénale

Les juges ont fait application de l'article 122-5 du Code pénal définissant une cause d'irresponsabilité pénale générale, dispositif applicable au moment des faits. Désormais, il convient de se placer dans le cadre de la loi du 28 février 2018 relative à la sécurité publique qui détermine les conditions d'ouverture du feu par les forces de l'ordre dans le double souci d'affermir leur prérogative d'engagement de l'arme tout en le contenant dans des limites respectueuses des libertés fondamentales. L'article 435-1 du Code de la sécurité intérieure (CSI) définit le cadre légal dans lequel les gendarmes, mais aussi les autres corps engagés dans la sauvegarde de l'ordre public (policiers, militaires, douaniers, etc.) pourront faire usage de leurs armes à feu. La nature du dispositif légal change radicalement, puisque l'exonération de la responsabilité pénale n'est plus puisée dans la légitime défense et l'article 122-5 du Code pénal, mais dans l'article 122-4 disposant « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». L'article L 435-1 du CSI constitue une autorisation particulière de la loi qui fait disparaître la responsabilité pénale d'un agent des forces de l'ordre en cas de commission d'infraction par usage de son arme à feu. La loi du 28 février 2017 établit une liste limitative de cinq cas. Le premier cas permet d'utiliser la force armée, « lorsque des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portées contre eux ou contre autrui ou lorsque des personnes armées menacent leur vie ou leur intégrité physique ou celles d'autrui », constituant une hypothèse classique de légitime défense des personnes, soi-même ou autrui, dans la lignée de l'article 122-5, alinéa 1^{er}, du Code pénal. Pourtant, le champ d'application n'est pas identique, puisqu'il est plus large, dans la mesure où l'usage de l'arme est possible non seulement en cas d'atteinte, mais aussi de menace, sans pour autant consacrer une forme de légitime défense préventive, la gravité et la probabilité élevée de l'atteinte potentielle compensant le caractère potentiel de l'atteinte. L'arrêt du 9 janvier 2018 se place parfaitement dans ce cadre, les circonstances de l'espèce correspondant à l'analyse juridique retenue par le premier cas d'usage des armes. Il convient de rappeler que la loi du 28 février 2017 pose des conditions formelles et substantielles d'engagement des armes par les forces de l'ordre. D'une part, le texte exige qu'elles agissent « dans l'exercice de leurs fonctions et revêtu[e]s de leur uniforme ou des

Actualité pénale

insignes extérieurs et apparents de leur qualité » et qu'elles fassent usage de « leurs armes », ce qui semble implicitement désigner ici les armes de service. D'autre part, le tir doit être fait « en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée », tenant compte, à la fois, de la lettre de la Convention européenne des droits de l'Homme (la nécessité) et de l'application qui en est faite par la CEDH (la proportionnalité). L'ordre de ces deux conditions est primordial et doit être respecté, puisque la stricte nécessité est relative à l'existence même du droit d'usage de la force, alors que la proportionnalité affecte uniquement son exercice. Ainsi, l'application de la loi prévue à l'article 122-4 s'enrichit de conditions particulières qui n'en font pas partie, par contagion des causes d'irresponsabilité voisines, comme la légitime défense de l'article 122-5.

L'arrêt du 9 janvier 2018 applique les règles de l'usage de l'arme telles qu'elles figurent dans l'article L 435-1, alinéa 1^{er}, du CSI, laissant présager une application jurisprudentielle stable et constante, sans modification ou surprise.

CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE – CORRUPTION (affaire Bygmalion)

Crim. 31 janvier 2018, n° 17-80659, publ. Bull. à venir

L'association Anticor s'est constituée partie civile dans un dossier « "dit affaire Bygmalion", mettant en cause un système de fausses facturations entre l'UMP et la société Bygmalion afin de permettre à un candidat à l'élection présidentielle de 2012, de faire des dépenses liées à sa campagne électorale prises en charge par l'UMP et non comptées dans les dépenses de campagne plafonnées par la loi ». Elle a exprimé sa volonté, dépourvue d'équivoque, par l'envoi d'une lettre recommandée au juge d'instruction chargé de l'affaire et de documents complémentaires envoyés ultérieurement. La chambre de l'instruction a confirmé l'analyse du juge d'instruction qui avait jugé la constitution de partie civile de l'association Anticor recevable, ce qui a été critiqué par les pourvois formés par la personne mise en cause et par Les

Actualité pénale

Républicains.

Les pourvois considèrent que la constitution de partie civile est irrecevable. Si l'article 2 du Code de procédure pénale prévoit que l'action civile peut être exercée devant les juridictions pénales par celui qui a subi un préjudice personnel prenant directement sa source dans l'infraction poursuivie, par exception, « le législateur a prévu des habilitations spécifiques pour certaines associations, qui peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne certaines infractions précisément énumérées ». L'article 2-23 fait partie de ces exceptions et prévoit cette habilitation pour certaines infractions limitativement énumérées dans le Code de procédure pénale et ne saurait s'appliquer à « toutes les formes de malversations et de manquements, notamment conflit d'intérêts, abus de biens sociaux, trafic d'influence, détournement de fonds publics, prise illégale d'intérêts et plus généralement toutes infractions à la probité publique » qui s'apparenteraient à la corruption. S'il est impossible de se placer dans le cadre de l'exception, seul l'article 2 peut servir de fondement à l'action civile et il convient de prouver « un préjudice personnel prenant directement sa source dans l'infraction poursuivie », excluant le fait de défendre un intérêt collectif. Il est incontestable qu'Anticor a été agréée par arrêté du ministère de la Justice du 19 février 2015 pour exercer les droits de la partie civile au titre de l'article 2-23 du Code de procédure pénale. Mais l'article « ne vise que les infractions traduisant un manquement au devoir de probité, réprimées aux articles 432-10 à 432-15 du code pénal, les infractions de corruption et trafic d'influence, réprimées aux articles 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-1 à 435-10 et 445-1 à 445-2-1 du même code, les infractions de recel ou de blanchiment, réprimées aux articles 321-4, 321-2, 324-1 et 324-2 dudit code, du produit, des revenus ou des choses provenant des infractions mentionnées aux 1^{er} et 2^o de cet article, les infractions réprimées aux articles L. 106 à L. 109 du code électoral ; qu'aucune de ces infractions n'est visée dans le réquisitoire introductif, ni dans les réquisitoires supplétifs délivrés par le parquet dans cette procédure ; qu'aucune personne n'a été mise en examen d'un de ces chefs ». Le point culminant du pourvoi est atteint par la référence faite à la jurisprudence de la Chambre criminelle qui, dans son arrêt rendu le 9 novembre 2010 (n° 09-88272), a décidé « que par application de l'article 2 du code de procédure pénale, une

Actualité pénale

association, peut, même hors habilitation législative, agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social ». Ainsi, les juges d'instruction avaient, en continuation de cette solution, considéré que l'association Anticor, selon ses statuts, a pour objet « de mener des actions en vue de réhabiliter la démocratie représentative, de promouvoir l'éthique en politique, de lutter contre la corruption et contre la fraude fiscale sur le plan national et international » et que, même si les faits dont ils étaient saisis « sous la qualification de faux et usage de faux, abus de confiance, escroquerie et tentative d'escroquerie, financement illégal de campagne électorale, concernent notamment un montage de fausse facturation » et omission à diverses règles comptables et de facturation, ils « étaient susceptibles de remettre en cause les principes de transparence et d'égalité entre les candidats prévus par le législateur » et causaient « un préjudice personnel directement causé par les infractions dénoncées, qui portent atteinte aux intérêts collectifs qu'elle défend et qui constituent un des aspects de son activité ». Le pourvoi soutient que cette interprétation extensive de la recevabilité de l'action civile d'une association constitue une violation du dispositif légal, puisque les juges se sont fondés exclusivement « sur l'objet statutaire de cette association et sur ses actions de communication et d'information, circonstances impropres à caractériser un préjudice direct et personnel ».

La Chambre criminelle casse l'arrêt de la chambre de l'instruction au visa des articles 2 et 2-23 du Code de procédure pénale, formulant une règle de principe parfaitement claire : « Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, l'action civile en réparation du dommage causé par un délit appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par cette infraction et que le second limite l'exercice de l'action civile par les associations agréées de lutte contre la corruption aux seules infractions visées par ce texte ». L'association Anticor peut se constituer partie civile dans le cadre de son objet social pour toutes les infractions entrant dans le champ d'application de l'article 2-23. En dehors de ces infractions, elle doit se conformer aux conditions de droit commun prévues à l'article 2 et justifier d'un préjudice personnel directement causé par les délits poursuivis. À défaut, son action doit être déclarée irrecevable. La cassation est prononcée

Actualité pénale

sans renvoi, car la Cour de cassation applique directement la règle de droit. La règle ne souffre pas d'exception et de discussion puisque l'article 2-23 ouvrant droit aux associations de se constituer partie civile constitue une exception à la règle générale de recevabilité de partie civile de l'article 2. Or, « les exceptions sont d'interprétation restrictive ». Le domaine matériel de compétence désigné par l'énumération des infractions visées à l'article 2-23 doit être restrictivement appliqué par le juge, les limites à son pouvoir d'interprétation stricte étant encore plus contraignantes. Pour comprendre la portée de cette solution, il convient de remonter au contexte de création de l'article 2-23 du Code de procédure pénale.

La Cour de cassation a rendu le 9 novembre 2010 un arrêt audacieux dans l'affaire dite « des biens mal acquis ». L'association Transparence International France avait porté plainte avec constitution de partie civile contre trois chefs d'État étrangers et certaines personnes de leur entourage qui détenaient divers biens sur le territoire français, pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, blanchiment, complicité de ces délits, abus de confiance et recel. Le juge d'instruction avait jugé la constitution de partie civile recevable en raison de l'objet statutaire de l'intéressée qui est de combattre et de prévenir la corruption, entendue au sens large, au niveau national et international et « que les faits dénoncés, en ce qu'ils concernent la présence en France de biens pouvant provenir de détournements de fonds publics, correspondent aux actions menées par cette association, qui, engageant toutes ses ressources dans cette activité, subit un préjudice personnel, économique, directement causé par les infractions en cause, lesquelles portent atteinte aux intérêts collectifs qu'elle défend et constituent le fondement même de son action ». Sur appel du ministère public, la chambre de l'instruction a infirmé l'analyse du juge d'instruction en considérant que l'objet de l'association est la prévention et la lutte contre la corruption, prise dans une définition tellement large que l'association entend se substituer aux États dans l'exercice de l'action publique, « alors que la recevabilité de l'action d'une association suppose une proximité et une adéquation créant un lien fort et spécifique entre celle-ci et une catégorie de comportements illégaux qui portent atteinte au but et à l'objet de sa mission ». La Chambre criminelle casse sans renvoi en considérant que l'action civile est recevable

Actualité pénale

car, à supposer établies les infractions, « spécialement le recel et le blanchiment en France de biens financés par des détournements de fonds publics, eux-mêmes favorisés par des pratiques de corruption mais distincts de cette infraction, seraient de nature à causer à l'association Transparence International France un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission ». Or, selon la Cour de cassation, « pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale ». La cassation est prononcée sans renvoi, car les juges appliquent directement la règle de droit en déclarant l'action civile recevable. Si l'arrêt ne prend pas la forme d'un arrêt de principe et n'a pas eu les honneurs de la publication au Bulletin, il a été remarqué par la doctrine, car il semble formuler un principe général selon lequel, devant les juridictions d'instruction, les parties lésées ne doivent justifier que d'un intérêt éventuel à agir. Il marque surtout la fin de l'hostilité des juges à l'action civile en matière de corruption, alors qu'elle a, pendant longtemps, réservé un monopole d'action au ministère public.

Entre-temps, la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a introduit l'article 2-23 dans le Code de procédure pénale. Il permet à toute association agréée déclarée depuis au moins cinq ans à la date de la constitution de partie civile, se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption, d'exercer les droits réservés à la partie civile dans un domaine déterminé. Le champ *rationae materiae* du texte est assez large, puisque, outre les infractions protégeant la probité *stricto sensu* (C. pén., art. 432-10 à 432-15), sont également visés la corruption et le trafic d'influence, le recel, le blanchiment ainsi que les infractions réprimées aux articles L. 106 à L. 109 du Code électoral. Malgré les apparences, l'ajout de l'article 2-23 dans le Code de procédure pénale n'avait pas comme principal objectif de favoriser l'action des associations, mais de l'encadrer plus strictement. La Chambre criminelle fait une interprétation stricte de l'article dans le sens voulu par le législateur. L'action civile des associations en matière de corruption doit être réservée aux domaines formellement visés par le

Actualité pénale

texte et ne comprend pas les faits de corruption, au sens large du terme. Deux observations permettent de compléter le propos. D'une part, l'application de l'article 2-23 par la Chambre criminelle est vertueuse du point de vue de la lettre et de l'esprit du droit. C'est au législateur qu'il appartient de faire évoluer le droit sur ces questions. D'autre part, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui a étendu le régime juridique de l'article 2-23, à « toute fondation reconnue d'utilité publique » se heurte aux mêmes limites que l'action civile des associations.

Police administrative

Par M. Ludovic Guinamant

Les deux arrêts commentés, liés au droit administratif, du mois de janvier 2018, concernent le besoin de localiser des individus, par une autorité publique indépendante et par une entreprise privée, dans une société démocratique dont les valeurs fondamentales sont la liberté d'aller et venir et la protection de la vie privée.

Dans le premier arrêt, le juge européen des droits de l'Homme considère qu'une personne morale de droit public peut, dans certaines conditions liées au bon fonctionnement d'une société démocratique, imposer la localisation d'un groupe ciblé et dans la seconde espèce, le Conseil d'État censure la mise en œuvre d'un outil technologique permettant de géolocaliser des individus au motif d'un caractère excessif du traitement des données privées dans une société démocratique.

Le contrôle du juge, tant européen que national, s'exerce, dès lors, dans le cadre d'une proportionnalité des atteintes aux libertés fondamentales et de l'acceptabilité de la société civile démocratique face à de telles ingérences.

Ainsi, alors que les nouvelles technologies s'invitent de plus en plus dans le débat juridique, les juges rappellent que celles-ci ne peuvent être mises en œuvre, non pas compte tenu de ce qui est techniquement possible de faire mais compte tenu du fonctionnement même de l'État de droit.

[L'obligation de fournir la localisation de sportifs ciblés porte atteinte au respect de la vie privée et familiale garantie par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme mais des motifs d'intérêt général peuvent rendre cette atteinte nécessaire dans une société démocratique](#)

Cour européenne des droits de l'Homme, cinquième section, 18

Police administrative

janvier 2018, n°48151/11 et 77769/13, Fédération nationale des associations et syndicats sportifs et autres contre France

Cinq personnes et quatre-vingt-dix-neuf personnes physiques ont saisi, en 2011 et 2013, la Cour européenne des droits de l'Homme en alléguant notamment que l'obligation de localisation qui est imposée aux sportifs d'un « *groupe cible* » désigné par l'agence nationale de lutte contre le dopage, en vue de la réalisation de contrôles anti-dopages inopinés, porte atteinte à leurs droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

L'article L. 232-5 du Code du sport, adopté par l'ordonnance n°2010-379 du 14 avril 2010, prévoit que l'agence française de lutte contre le dopage définit un programme annuel de contrôle, notamment pour les sportifs soumis à l'obligation de localisation.

L'article L. 232-13-1 du même Code prévoit des contrôles anti-dopage individualisés sur les sportifs inscrits dans ce groupe cible pouvant être réalisés dans les lieux d'entraînement et de manifestation sportive mais également dans tout lieu choisi avec l'accord du sportif, permettant de réaliser le contrôle dans le respect de sa vie privée et de son intimité, y compris, à sa demande, à son domicile.

L'article L. 232-15 précise ainsi que les sportifs du groupe cible sont tenus de fournir des renseignements précis et actualisés sur leur localisation permettant la réalisation des contrôles inopinés ; lesquels, par ailleurs, pouvaient faire l'objet d'un traitement de données informatiques.

Il convient de rappeler que le Conseil d'État, dans un arrêt du 24 février 2011 (CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, n°340122), avait considéré que les dispositions de l'ordonnance n°2010-379 du 14 avril 2010, en tant qu'elle prévoit la localisation obligatoire de certains sportifs, portaient « *des atteintes nécessaires et proportionnées aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la lutte contre le dopage, notamment la protection de la santé des sportifs ainsi que la garantie de l'équité et de l'éthique des compétitions sportives* », la Cour suprême

Police administrative

administrative française ayant ainsi validé les dispositions de l'ordonnance précitée.

Dans son arrêt du 18 janvier 2018, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), saisie en raison de la décision définitive du Conseil d'Etat, rappelle d'abord que l'obligation de localisation représente une ingérence dans l'exercice par les requérants des droits découlant de l'article 8 de la Convention. Elle ajoute également que pareille ingérence enfreint ce même article, sauf si elle est « *prévues par la loi* », dirigée vers un ou des buts légitimes et « *nécessaire* » « *dans une société démocratique* » pour le ou les atteindre.

En ce qui concerne les buts légitimes, la Cour internationale conventionnelle de Bruxelles admet, d'une part, que l'obligation de localisation entend répondre à des questions de « *santé* », celle des sportifs professionnels, mais également celle des sportifs amateurs et en particulier les jeunes et, d'autre part, que la recherche d'un sport égalitaire et authentique se rattache également au but légitime que constitue la « *protection des droits et liberté d'autrui* ». Elle conclut, dès lors, que la législation française, qui porte atteinte à la vie privée et familiale, poursuit des buts légitimes.

En ce qui concerne le critère relevant de « *la nécessité dans une société démocratique* », la CEDH rappelle que le gouvernement français doit démontrer que l'obligation de localisation répond à un « *besoin social impérieux* », pertinent et suffisant et qu'elle est proportionnée au but légitime visé. Après analyse des différents effets de la légalisation, les magistrats de Bruxelles affirment « *que les enjeux sanitaires et de santé publique en cause et les légitimes préoccupations d'ordre éthique qui leur sont associées fournissent un argument déterminant quant à la nécessité de l'obligation litigieuse* ». La CEDH conclut, dès lors, dans sa décision, que la législation française est nécessaire dans une société démocratique.

La CEDH termine son argument par une conclusion validant une atteinte à la vie privée et familiale pour des motifs d'intérêt général par un paragraphe 191 qu'il convient de citer dans cette veille juridique :

Police administrative

« 191. La Cour ne sous-estime pas l'impact que les obligations de localisation ont sur la vie privée des requérants et de la requérante. Toutefois, les motifs d'intérêt général qui les rendent nécessaires sont d'une particulière importance et justifient, selon l'appréciation de la Cour, les restrictions apportées aux droits que leur accorde l'article 8 de la Convention. Réduire ou supprimer les obligations dont ils se plaignent serait de nature à accroître les dangers du dopage pour leur santé et celle de toute la communauté sportive, et irait à l'encontre de la communauté de vue européenne et internationale sur la nécessité d'opérer des contrôles inopinés. La Cour juge donc que l'État défendeur a ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, et qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ».

Le Conseil d'État, en 2011, et la CEDH, en 2018, valident dès lors une atteinte à la vie privée et familiale, non sur un motif lié à la poursuite ou la recherche d'une infraction grave mais pour des motifs légitimes liés à la protection de la santé publique et au respect de l'éthique.

« Le contrôle de proportionnalité s'effectue au regard de l'objectif acceptable à atteindre dans une société démocratique et non au regard de l'objectif maximal atteignable en l'état de la technologie » (Aurélie Bretonneau, 29 novembre 2017)

Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} chambre réunies, 15 décembre 2017, n°403776 (conclusions d'Aurélie Bretonneau, rapporteur public)

La société Odéolis est spécialisée dans la maintenance de systèmes informatiques. Pour exercer leurs fonctions, ses 200 techniciens itinérants se rendent auprès des clients de la société en utilisant leur véhicule personnel équipé de dispositifs de géolocalisation en temps réel qui avaient trois fonctions : planification des interventions, ajustement de la facturation et contrôle du temps de travail. Informée de l'existence de ce dispositif, la CNIL a procédé à un contrôle sur place dans les locaux de la société afin d'examiner les

Police administrative

usages du traitement de données personnelles.

Le 27 juillet 2016, l'autorité administrative indépendante a édicté une mise en demeure visant à mettre fin au traitement de données personnelles dans sa fonction de contrôle du temps de travail des salariés dès lors que cette fonction est excessive au sens de l'article 6 3° de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 qui prévoit que : « *Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : (...) 3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs* ».

Pour conclure au caractère excessif du traitement en méconnaissance de ces obligations, la mise en demeure relève que les salariés d'Odéolis sont déjà soumis à une obligation de déclarer leurs horaires de travail *via* des compte rendus d'activité, et que la société dispose d'un outil de suivi des interventions accessible au personnel d'encadrement pour vérifier ces déclarations. Elle en déduit que les données de géolocalisation ne sont pas nécessaires à la finalité de contrôle du temps de travail et que leur traitement est, par conséquent, excessif.

La société Odéolis a alors saisi le Conseil d'État à fin d'annuler cette mise en demeure, considérant notamment que ce dispositif a permis de prouver les déclarations mensongères de certains de ses employés qui ont, par ailleurs, fait l'objet d'un licenciement. En effet, la société énonce que si elle possède deux logiciels - l'un déclaratif rempli par les salariés et l'autre alimenté par les managers relatif à la planification du temps de travail-, le traitement de la géolocalisation permet, de manière automatique, de mettre en exergue les discordances entre les deux logiciels et de prouver les déclarations mensongères.

Toutefois, le Conseil d'État, s'inspirant d'une jurisprudence stable de la Cour de cassation en la matière (Cour de cassation, 3 novembre 2011, n°10-18.036 ou Cour de cassation, 17 décembre 2014, n°13-23.645), énonce « *que l'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation* ». Elle considère,

Police administrative

dès lors, que la mise en demeure de la CNIL était légale compte tenu du fait que la société disposait déjà de moyens - notamment les deux logiciels précités - permettant de contrôler la durée du temps de travail.

Il convient de préciser que, pour proposer cette solution, Aurélie Bretonneau, rapporteur public au Conseil d'État, s'inspire des conclusions de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard dans ses conclusions sur la célèbre affaire *Télé2 Sverige AB* (CJUE, 21 décembre 2016, C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970 et EU:C:2016:572, note 81) qui s'était prononcé sur la proportionnalité de la finalité des traitements informatiques dans les sociétés démocratiques. Elle cite : « *La spécificité de l'exigence de proportionnalité stricto sensu, par rapport aux exigences de caractère approprié et nécessaire, peut être illustrée par l'exemple suivant. Imaginons qu'un État membre impose l'injection d'une puce électronique de géolocalisation à toute personne résidant sur son territoire, cette puce permettant aux autorités de retracer les allées et venues de son porteur au cours de l'année écoulée. Une telle mesure pourrait être considérée comme étant « nécessaire » si aucune autre mesure ne permet d'atteindre le même degré d'efficacité dans la lutte contre les infractions graves. Cependant (...) une telle mesure serait disproportionnée dans une société démocratique, étant donné que les inconvénients résultant de l'atteinte aux droits à l'intégrité physique, au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel seraient démesurés par rapport aux avantages en découlant dans la lutte contre les infractions graves* ».

Aurélie Bretonneau en déduit dans ses conclusions « *que le contrôle de proportionnalité s'effectue au regard de l'objectif acceptable à atteindre dans une société démocratique et non au regard de l'objectif maximal atteignable en l'état de la technologie* ».

Droit de la sécurité privée

Par M. Xavier Latour

Le Conseil national des activités privées de sécurité et la transparence

Pendant des décennies, l'administration a privilégié le secret. Elle en faisait un principe cardinal de son action, laquelle ne devait pas être entravée par un regard trop appuyé de l'administré. Cette époque est révolue.

La transparence représente un gage des bonnes relations entre l'administration et les administrés, en particulier en matière contentieuse.

Cette transparence emprunte plusieurs voies, qu'il s'agisse du principe de communication des documents administratifs ou de la motivation des décisions individuelles défavorables.

Le principe vaut également pour les juridictions soumises au principe de publicité des débats et plus récemment à celui de publication des décisions de justice, qui en est le corollaire.

À cet égard, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique instaure un principe général de publication des décisions de justice, même non définitives, notamment pour les juridictions administratives.

Au regard de l'exigence contemporaine de transparence, la publication des décisions disciplinaires du Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS) mérite d'être envisagée. Établissement public administratif en charge de la régulation (Livre 6 du Code de la sécurité intérieure), il n'a pas qu'un rôle de contrôle de l'accès aux métiers de la sécurité privée, il peut aussi sanctionner les dysfonctionnements des activités privées de sécurité.

Le CNAPS, instance disciplinaire

Parmi ses missions, le CNAPS exerce celle du contentieux disciplinaire. À la suite des contrôles opérés par les agents compétents, il revient aux Commissions locales d'agrément et de contrôle (CLAC), en première instance, et à la Commission nationale

Droit de la sécurité privée

d'agrément et de contrôle (CNAC), en appel, de sanctionner les agents, les dirigeants et les entreprises qui violeraient le cadre légal et réglementaire applicable aux activités privées de sécurité.

Si la procédure ne se déroule pas, dans un premier temps, devant le juge administratif, cela ne signifie pas pour autant que le CNAPS ne soit pas tenu de respecter un certain nombre de principes indissociables du prononcé d'une sanction administrative.

Au contraire, le prononcé d'une sanction disciplinaire relève d'un environnement juridique contraignant, car de plus en plus aligné sur celui du contentieux juridictionnel. Le CNAPS le sait bien en respectant des obligations essentielles, comme celle de l'accès au dossier, ou de l'impartialité.

Il ne peut en aller autrement, alors que les poursuites disciplinaires constituent un moyen essentiel pour garantir le bon fonctionnement des activités privées de sécurité. Les sanctions prononcées en application des dispositions du Code de la sécurité intérieure (art. L 634-4 et R 634-1 et s.) poursuivent deux objectifs : d'une part, tirer les conséquences de situations contraires au droit ; d'autre part, dissuader d'autres personnes physiques ou morales de reproduire ces comportements illégaux.

Tandis que le CNAPS a atteint une réelle maturité, comme en témoignent ses activités, l'absence de publication des décisions rendues par les CLAC et la CNAC apparaît comme un anachronisme.

Cette absence de publication mérite d'être envisagée au regard des dispositions du droit européen comme des évolutions du droit interne français.

Le CNAPS peut-il être considéré comme un tribunal ?

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) garantit le respect des principes du procès équitable consacrés à l'article 6 § 1 de la Déclaration européenne des droits de l'Homme par les tribunaux.

Par « tribunal », la jurisprudence européenne n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux

Droit de la sécurité privée

structures judiciaires ordinaires du pays. Le tribunal peut avoir été institué pour connaître de questions relevant d'un domaine particulier, dont il est possible de débattre de manière adéquate en dehors du système judiciaire ordinaire. Ce qui importe pour assurer l'observation de l'article 6 § 1, ce sont les garanties, tant matérielles que procédurales, mises en place (*Rolf Gustafson c. Suède*, 1^{er} juillet 1997, § 4, Recueil des arrêts et décisions 1997-IV).

En droit interne, le Conseil d'État excluait initialement l'application des garanties de l'article 6 de la CEDH aux ordres professionnels dans l'exercice de leur mission disciplinaire.

Il s'est cependant rallié à la position contraire exprimée par la CEDH dans son arrêt *Diennet c/ France* du 26 septembre 1995, par sa décision d'Assemblée du 14 février 1996 *Maubleu* (n° 132369, Rec.).

Désormais, l'ensemble des procédures disciplinaires à caractère juridictionnel respecte le principe de publicité des audiences (s'agissant de l'applicabilité du principe de publicité aux sections disciplinaires des ordres professionnels ; s'agissant des sanctions infligées par le CNESER aux usagers des établissements publics d'enseignement supérieur : CE, 3 novembre 1999, Z., n° 240050, Rec. ; s'agissant de la Commission bancaire : CE, 29 novembre 1999, Société Rivoli Exchange, n° 19472).

Bien que la CNIL, par exemple, soit une autorité administrative indépendante et non une juridiction au sens du droit interne, il n'en demeure pas moins qu'elle ne peut plus être écartée de la qualification de « tribunal » au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Le Conseil d'État en a ainsi déduit que la CNIL, « eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, peut être qualifié [de] de tribunal au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et qu'en conséquence, elle était tenue, « lorsqu'elle se prononce sur des agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par les dispositions des

Droit de la sécurité privée

articles 45 et suivants de la loi du 6 janvier 1978 », de statuer « dans des conditions respectant le principe d'impartialité » (CE, ord. réf., 19 févr. 2008, *Sté Profil France*).

Cette jurisprudence pourrait être transposée au CNAPS, compte tenu des pouvoirs de sanction financière et d'interdiction d'exercice qu'il détient.

Au demeurant, la procédure suivie devant le CNAPS met déjà en œuvre certaines garanties s'inspirant de l'article 6 de la CEDH, qu'il s'agisse du respect des droits de la défense, de l'impartialité ou encore de la distinction des organes d'instruction et de poursuite.

Le CNAPS ouvre, en outre, les audiences disciplinaires au public, tout comme le sont les salles d'audience des juridictions.

Publicité de la procédure et publication des décisions

Pour les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) : « la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention » (CEDH 8 déc. 2003, *Pretto e.a. c/ Italie*, pt 21).

De ce principe de publicité de la procédure découle celui de la publication des décisions.

Ainsi, en contentieux administratif et conformément à l'article L.10 du Code des juridictions administratives, les jugements sont publics.

Une étape supplémentaire a été franchie avec l'article 20 de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique qui enrichit les dispositions de l'article L.10 d'une obligation de publication.

Droit de la sécurité privée

Il prévoit en effet que : « *Les jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées. Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes* ».

Cela autorise tout citoyen à en obtenir une copie sans avoir à justifier d'un intérêt particulier, y compris si la décision n'est pas définitive. Avant sa généralisation par la loi du 7 octobre 2016, la publication de décisions rendues en première instance par des juges était courante, notamment dans les lettres d'information des différents tribunaux administratifs, ou les revues juridiques spécialisées.

Dans ces conditions, la publication des décisions rendues en matière disciplinaire par les CLAC et la CNAC apparaît comme de nature à assurer le respect du procès équitable.

Une publication compatible avec les exigences de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

Si la CNIL veille scrupuleusement et efficacement à la protection des données personnelles, elle n'en ignore pas moins les exigences de transparence en matière disciplinaire.

Pourtant soucieuse du respect des droits des individus, la CNIL rappelle à juste titre que :

« *La publicité des audiences, le caractère public des décisions de justice et la libre communication à toute personne qui en fait la demande des jugements et arrêts constituent des garanties fondamentales consacrées, notamment, par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et mises en œuvre, de longue date, par diverses dispositions du droit national* ». (CNIL, délibération 01-057 du 29 novembre 2001).

Pour autant, des précautions s'imposent. La CNIL est bien consciente

Droit de la sécurité privée

de la nécessité de trouver un équilibre entre le droit d'accès aux décisions rendues et le respect de la vie privée. Cela impose de ne publier que des décisions anonymisées.

À l'inverse, elle précise :

« *Enfin, la protection des personnes morales ne relevant pas des attributions de la CNIL, il ne lui appartient pas de se prononcer sur ce point* ».

Dans ces conditions, la CNIL s'applique à elle-même les exigences du droit européen. Elle publie sur son site ses décisions, anonymisées dans le cas de personnes physiques, mais pas dans celui des personnes morales.

Une publication utile pour tous

Au-delà de la portée dissuasive, car informative, des décisions disciplinaires rendues par les instances compétences du CNAPS lorsqu'il y a sanction, un autre avantage se profile.

Le contentieux disciplinaire de la sécurité se profile et témoigne de l'utilité du CNAPS en la matière. Or, les professionnels impliqués et leur conseil doivent pouvoir accéder à des éléments indispensables à la construction d'une défense solide. Les exigences de l'article 6 de la CEDH englobent, à ce titre, l'égalité des armes entre les parties.

Il serait, par conséquent, regrettable que l'administration continue de seule disposer de la vision d'ensemble des décisions rendues, en contradiction avec le droit à un procès équitable et le respect des droits de la défense.

L'anonymisation pourrait être pratiquée sans difficulté au bénéfice des personnes physiques. Elle témoignerait d'une capacité à concilier la transparence et le respect des droits de chacun. Il reste au CNAPS à s'engager sur cette voie en investissant dans les solutions pour y parvenir.

Directeur de publication : Colonel Stéphane DESCORSIERS

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

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

Equipe éditoriale : Odile NETZER